

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR LA
NOTION DE FACULTÉ
EN DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Samedi 14 Juin 1930, à 14 heures

PAR

Henri LECOMPTE

Président : M. HÉMARD, Professeur

Suffragants { MM. DEMOGUE.
LE BRAS. } *Professeurs*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, rue Soufflot — PARIS (V°)

1930

THÈSE POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

sur la

NOTION DE FACULTÉ

EN DROIT CIVIL

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Reçu par M. le Recteur le 15 Mars 1900

RECEVU

le 15 Mars 1900

par M. le Recteur

ESSAI
SUR LA
NOTION DE FACULTÉ
EN DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Samedi 14 juin 1930, à 14 heures

PAR

Henri Lecompte

Président : M. HÉMARD, Professeur

<i>Suffragants.....</i>	{	MM. DEMOGUE LE BRAS	}	<i>Professeurs</i>
-------------------------	---	------------------------	---	--------------------

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — Paris (V°)

1930



A MES CHERS PARENTS

A

Monsieur J. HÉMARD

Monsieur Ch. HOUPIN

Monsieur H. BOSVIEUX

Respectueux hommage

Bibliographie

AUTEURS CITÉS

- AFFOLTER. — *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, Leipzig, 1903.
- ARGENTRÉ (d'). — *Ancienne coutume de Bretagne*, Paris, 1611.
- ARNTZ. — *Cours de droit civil français comprenant l'explication des lois*, 2^e éd., 4 volumes, Bruxelles et Paris, 1879-1888.
- AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français*, 12 vol., 5^e éd., Paris, 1897-1922.
- BARTIN. — *Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté*. Cours professé à la Faculté de droit de Paris, 1925-1926.
- BASTIAN. — Thèse, Paris, 1929. *Essai d'une théorie générale de l'opposabilité*.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 29 vol., 3^e éd., Paris, 1905-1908.
- *Précis de droit civil*, 3 vol., 12^e éd., Paris, 1919.
- BECQUÉ. — *Sûretés réelles* (collection Planiol et Ripert, t. XII), Paris, 1927.
- BÉLIME. — *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, 1842.
- BEMMELEN (Van). — *Notions fondamentales de droit civil*, 1 vol., Amsterdam, 1892.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 1 vol., Paris, éd. 1923.
- BLUNTSCHLI. — *Théorie générale de l'Etat* (trad. de l'allemand par Riedmatten), 2^e éd., Paris, 1881.
- BOCCACIO. — Thèse Lyon, 1920. *Le droit de riveraineté*.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., Paris, 1889.
- BOLCHINI. — *I diritti facoltativi e la prescrizione*, 1 vol., Turin, 1899.

- BONNECASE. — *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928.
— *Où en est le droit civil ? Dans la cité moderne et les transformations du droit.*
— *Supplément du traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, 5 vol., Paris, 1923-1928.
- CALEB. — Thèse, Strasbourg, 1927. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté.*
- CAMPION. — *La théorie de l'abus de droit*, Bruxelles-Paris, 1925.
- CAPITANT (H.). — *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1904.
- CAPITANT (R.). — Thèse, Paris, 1928. *Introduction à l'étude de l'acte illicite.*
- CHAUVEAU (Baudry-Lacantinerie et). — *Les biens*, 3^e éd., Paris, 1905.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours de droit civil français*, 3 vol., 4^e éd., Paris, 1923-1925.
- COQUILLE (G.). — *La Coutume du Nivernais*, accompagnée d'extraits et de commentaires, Paris, 1864.
- DARESTE. — *La prescription en droit civil*, Paris, 1894.
- DAVID. — Thèse, Paris, 1929. *Protection des minorités dans les sociétés par actions.*
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours de droit civil*, 9 vol., Paris, 1849-1884.
- DEMOGUE. — *Notions fondamentales sur le droit privé. Essai critique*, 5^e éd., Paris, 1923.
— *Traité des obligations en général*, Paris, 1923.
— Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905.
— Nature et effets des droits éventuels, *Revue trimestrielle*, 1906.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., 4^e éd., Paris, 1870-1882.
- DESBOIS. — Thèse, Paris, 1927. *La Notion de fraude à la loi.*
- DUFOUR. — *Code civil des Français* (avec les sources où les dispositions ont été puisées), Paris, 1806.
- DUGUIT. — *Etudes de droit public. L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.
— *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 5 vol., Paris, 1921-1925.
- DUNOD. — *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens*

- d'Eglise et des dixmes*, Paris, 1793.
- DURANTON. — *Cours de droit civil suivant le Code civil*, 22 vol., Paris, 1844-1845.
- DUSI. — La imprescriptibilita delle cosi delle facolta convenzionali, *Foro italiano*, 1904.
- ESMEIN. — *Eléments de droit constitutionnel* (revu par Nézard) 2 vol., 7^e éd., Paris, 1921.
- FAVARD DE LANGLADE. — *Conférence du Code civil avec la discussion particulière du Conseil d'Etat et du Tribunal*, 18 vol., Paris, 1805-1810.
- FÉNET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1836.
- *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil*, Paris, 1826.
- FERRARA. — *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921.
- FOURNEL. — *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, 2 vol., Paris, an XIII.
- FRANCK (Ad.). — *Philosophie du droit civil*, Paris, 1886.
- GAUDEMET. — Nom patronymique, adjonction du nom de la femme à celui du mari, *Revue trimestrielle*, 1909.
- GAUTIER. — Quel est le sens juridique du mot « faculté » dans l'art. 2232 C. civ.; *Revue critique de Législation*, 1877.
- GÉNY. — *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914.
- GUILLOUARD. — *Traité de la prescription*, 2 vol., Paris, 1900-1901.
- HAURIOU. — *Précis de droit administratif*, Paris, 1926.
- HÉMARD. — *Précis élémentaire de droit civil*, 3 vol., Paris, 1929-1930.
- Prescription du droit d'option de l'héritier, *Revue trimestrielle*, 1910-1911.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol., Paris, 1892-1903.
- JAPIOT. — Action possessoire commune. Faits de possession explicables par une seule tolérance, *Revue trimestrielle*, 1912.
- JÈZE. — *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1926.
- *Cours de droit public*, Paris, 1921.
- JOSSERAND. — *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927.

- Nom patronymique, simple usage, absence de propriété, *Revue trimestrielle*, 1908.
- KORKOUNOV. — *Cours de théorie générale du droit* (trad. Tchernoff), Paris, 1903.
- LASSALLE. — *Théorie systématique des droits acquis et des conflits de lois* (trad. Bernard-Molitor), 2 vol., Paris, 1904.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, 33 vol., Bruxelles et Paris, 1878.
- LÉGER. — Thèse, Paris, 1897. *Théorie générale de la prescription extinctive*.
- LEROUX DE BRETAGNE. — *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, 2 vol., Paris, 1869.
- LÉVY. — *Vision socialiste du droit* (préface E. Lambert), Paris, 1926.
- LOISEL. — *Institutes coutumières* de M. Loisel, avocat au Parlement, avec notes nouvelles par E. de Laurière, 2 vol. Paris, 1710.
- LOYNES (de). — De la prescription et des actes de pure faculté, *Revue critique*, 1889.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code civil*, 3^e éd., 6 vol., Paris, 1885.
- MAURY et VIALLETON. — *Des successions* (collection Planiol et Ripert, t. IV), Paris, 1928.
- MICHAS. — Thèse, Paris, 1920. *Le droit réel considéré comme obligation passivement universelle*.
- MODICA. — La facolta giuridiche e l'articolo 688 del C. Civ. italiano, *Il circolo giuridico*, 1899 et 1900.
- *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, 3 vol., Turin, 1906.
- MÆNECLAËY. — Thèse, Lille, 1914. *De la renaissance du formalisme dans les contrats*.
- MOREL. — Du refus de contracter (en raison de considérations personnelles), *Revue trimestrielle*, 1908.
- MOSSERAN. — Thèse, Montpellier, 1904. *De la liberté de l'acte juridique*.
- MOURLON. — *Répétitions écrites sur le Code civil*, 12^e éd., revue par Ch. Demangeat, 3 vol., Paris, 1885-1896.
- NAST. — *Régimes matrimoniaux* (collection Planiol et Ripert, t. VIII et IX), 2 vol., Paris, 1925-1927.

- PERREAUX. (E.) — Tolérance, courtoisie, usages devant la jurisprudence, *Revue trimestrielle*, 1914.
- Les droits de la personnalité, *Revue trimestrielle*, 1909.
- PICARD (M.). — *Les biens* (collection Planiol et Ripert, t. III), Paris, 1926.
- PICARD. — *Le droit pur*, Bruxelles et Paris, 1899.
- PLANIOU. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 9^e éd. Paris, 1922-1923.
- PLANIOU et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 12 vol., 1925-1928 (v. au nom des collaborateurs).
- PONCET. — De la règle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription, *Revue critique*, 1880.
- POTHIER. — *Traité des obligations*, 2 vol., Paris, an XIII (1805).
- PRODAN. — Thèse, Paris, 1909. *Le droit réel*.
- PUGLIESE. — *La prescrizione nel diritto civile*, 2 vol., 4^e éd., Torino, 1921-1924.
- RENARD (G.). — *Le droit, la justice et la volonté*, 1^{re} série, Paris, 1924.
- RICOT. — Thèse, Paris, 1929. *Du refus de contracter*.
- RIPERT. — De l'exercice des droits et de la responsabilité civile, *Revue critique*, 1906.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925.
- ROGUIN. — *La règle de droit*, Lausanne, 1889.
- *La science juridique pure*, 3 vol., Paris-Lausanne, 1923.
- ROUAST. — *La famille* (collection Planiol et Ripert, t. II), Paris, 1926.
- ROUBIER. — *Les conflits de lois dans le temps*, 2 vol. (dont un paru), Paris, 1929.
- ROUGIER. — De la navigation sur les cours d'eau non navigables, *Revue critique*, 1903.
- SALEILLES. — *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (art. 116 à 144), Paris, 1901.
- *De la personnalité juridique*, Paris, 1910.
- *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 2^e éd., Paris 1901.
- SALVIOLI. — *Sulla dottrina degli atti meramente facoltativi*, *Circolo giuridico*, 1887.
- SAVATIER. — *Les personnes* (collection Planiol et Ripert, t. I).
- SAVIGNY. — *Traité de droit romain* (traduction française de

- Génoux), Paris, 1860.
- SCHLOSMANN. — *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht*, Leipzig, éd. 1880.
- SCIALOJA. — Il possesso del precarito, Studi giuridici et storici, Roma, 1888 (*Centenario della Università di Bologna*).
- SOLUS. — Faculté d'abandonner le droit de propriété, *Revue trimestrielle*, 1922.
- TAFFE. — Thèse, Paris, 1921. *Responsabilité civile en dehors du contrat*.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd., Paris, 1925.
- THIRY. — *Cours de droit civil*, 4 vol., Paris et Liège, 1892.
- THON. — *Rechtsnorm und subjective Recht*, Weimar, 1878.
- TISSIER (Baudry-Lacantinerie et). — *De la prescription*, 4^e éd., Paris, 1924.
- TOULMIER. — *Droit civil français*, 13 vol., 5^e éd., Paris, 1830.
- TROPLONG. — *De la prescription ou Commentaire du titre XX du livre III C. civ.*, 2 vol., Paris, 1835.
- VAZEILLE. — *Traité des prescriptions suivant les nouveaux codes français*, 2 vol., Paris, 1832.
- VINCENT. — *Traité technique et pratique de droit fiscal bancaire*, Paris, 1929.
- WODON. — *Traité théorique de la possession et des actions possessoires*, 2^e éd., 3 vol., Bruxelles-Paris, 1878.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE. RÉPERTOIRES

- D..... Dalloz, jurisprudence générale, recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine.
- D. H. Dalloz, recueil hebdomadaire de jurisprudence.
- Gaz. Pal. *Gazette du Palais*, journal du soir judiciaire quotidien et recueil périodique mensuel.
- Gaz. Trib. *Gazette des Tribunaux*, journal de jurisprudence et des débats de jurisprudence.
- J. G. Dalloz, répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, par Griolet, Vergé, Köhler (et *Supplément*)

- P. B. Pasirisie belge ou Recueil général de la jurisprudence des Cours de Belgique, par ordre chronologique, continué par Dewan-dre et Faider, Bruxelles.
- Pand. belg. Pandectes belges. Encyclopédie. Recueil de toutes les décisions judiciaires qui paraissent en Belgique, par Ed. Picard et Hennebich. Bruxelles, Larcier, édit.
- Pand. franç. ... Pandectes françaises, nouveau Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence
- R. G. Dalloz, répertoire général alphabétique du droit français, fondé par Ed. Fuzier-Herman, Carpentier et Frérejouan du Saint (et *Supplément*).
- S. Recueil général des lois et arrêts en matière civile, commerciale administrative et droit public, fondé par J.-B. Sirey.
- S. chr. Recueil général des lois et arrêts (collection par ordre chronologique : 1791-1830).
-

INTRODUCTION

Ayant constaté l'impossibilité de construire une théorie générale des « facultés » et pour clore les interminables querelles soulevées par la définition même de la « faculté », Dumoulin proposait un ultime et énergique remède : « Hic aspergenda aqua pugnātibz, æternum alioqui certaturis ». Mais il se rendait vite compte que le remède qui n'est ni élégant, ni juridique, resterait sans effet et ne mettrait pas fin aux « divagations des esprits subtils » sur la matière; et, insatisfait, il renonçait à l'appliquer aussi bien aux autres qu'à lui-même et, à son tour, il donnait une nouvelle définition de la faculté.

D'autres firent de même après lui, à l'étranger comme en France.

Nombreux sont les aveux d'impuissance de jurisconsultes déclarant modestement n'avoir point trouvé de définition de la « faculté¹ » ou affirmant catégoriquement l'impossibilité d'arriver à une pareille définition². Il pourra, par suite, paraître présomptueux de tenter, à nouveau, une étude de la « notion de faculté en droit civil », même en la qualifiant d'essai.

A la vérité, ici comme pour bien d'autres problèmes délicats de notre droit, on a peut-être oublié qu'une

1. Mourlon, *Rép. écrites D. civ.*, t. III, p. 757, n° 1831.

2. Modica, *Le faculta giuridiche e l'articolo 688 del C. Civ. italiano; il circolo giuridico*, 1899 et 1900.

science doit être une langue bien faite, et qu'avant de procéder à l'analyse d'une notion, il convenait d'en préciser le domaine dans le langage même et d'écarter de son champ tout ce qui ne lui est pas propre. Or, précisément, le mot de « faculté » n'a pas été pris dans un sens technique, et c'est la raison pour laquelle la question a paru si obscure; il fut, au contraire, regardé comme « quelque chose d'indéfinissable, comme une expression commode pour cacher le vague de l'idée¹ ». Comme on l'a dit justement, ce fut bien plutôt « un mot d'évocation qu'un mot de précision² ».

En langage courant les acceptions de ce mot sont extrêmement nombreuses.

La faculté, c'est une puissance, une force corporelle ou intellectuelle, une capacité, une occasion, une opportunité, une possibilité quelconque³.

C'est dans toutes ces diverses acceptions que ce terme passa dans le domaine juridique. Il y marqua particulièrement la capacité, la possibilité d'agir, la puissance d'action de l'homme, quelle qu'en fût l'origine, la nature, la durée.

C'est bien ce que disait Festus, quand il définissait la faculté : « *facilitas rerum agendarum*⁴ ».

Il est évident que devant une telle imprécision de la terminologie employée, les auteurs étaient dans l'im-

1. Léon Michel, p. 14.

2. Légal, thèse, Paris, 1922. *De la négligence*, p. 7.

3. Dans ces différents sens : V. *Facultas ingenii*, Cic., l'aptitude de l'esprit. Si *quid res dabit tibi facultatis* : si les circonstances te le permettent, Cic.. *Nobis est facultas* (avec l'infinitif) *Stat* : Nous avons le pouvoir de. *Attritis facultatibus, urbe cessit*, Suet : après avoir dilapidé son avoir, il quitta la ville. *Habere facultatem navium*, Caes : avoir un bon nombre de navires.

4. Et les théologiens, citant l'Evangile « *An mihi non licet meo facere quod volo* », assimilaient « *facultas* » et « *licet* ».

possibilité matérielle la plus complète de définir juridiquement la faculté, d'en faire une théorie générale, d'en analyser notamment la nature ou l'origine.

Aussi, à quelles confusions n'ont-ils pas abouti dans leurs écrits, lorsque, n'ayant pas cherché au début de leur travail à préciser la notion de faculté, ils voulurent, malgré tout, en rechercher les principales applications, la comparer au droit spécialisé et concrétisé, au pouvoir de fait ou à la tolérance, puisque, faute de précisions ou de restrictions préalablement formulées, on peut penser que la « faculté » (sens large) se manifeste à l'occasion de toutes les situations juridiques comportant une liberté, une puissance d'action quelconque de l'individu.

Ce défaut de terminologie, rendant toute construction juridique impossible, peut-il être évité? — Peut-on réserver un sens technique, c'est-à-dire un sens proprement juridique et particulier, au mot « faculté » ? C'est ce que ce travail cherchera à établir. Pour ce faire, dans une partie analytique et critique, les diverses acceptions possibles et habituelles du mot faculté, soit dans les textes, soit dans la jurisprudence, soit dans la doctrine, devront d'abord être soigneusement envisagées. Procédant ensuite par éliminations successives, nous nous demanderons si, parmi ces nombreuses acceptions, plusieurs d'entre elles ne doivent point être rejetées, comme étant inutiles; et si, au contraire, le terme de faculté ne pourrait pas être exclusivement réservé aux pouvoirs imprescriptibles de l'homme, par opposition aux droits du patrimoine, qui, en règle générale, sont soumis à la prescription extinctive.

Ces droits imprescriptibles ne seraient-ils point, en

effet, des « facultés, » en ce double sens que l'individu, lorsqu'il n'est pas titulaire de certaines d'entre elles, peut le devenir lorsque bon lui semble; que lorsqu'il en est titulaire, il peut les exercer quand il lui plaît, sans que la prescription extinctive puisse intervenir comme un moyen indirect de contrainte?

Ce point résolu par l'affirmative et la question de terminologie étant définitivement réglée, nous nous demanderons, dans une seconde partie, s'il n'y a pas lieu d'essayer de construire une théorie générale des facultés, ou du moins, d'en faire, en quelque sorte, un tableau d'ensemble. En conséquence, et en premier lieu, nous examinerons toutes les questions générales ayant trait soit à la définition, soit à l'origine, soit à la nature même des facultés. En second lieu, ayant remarqué que toute activité humaine vise tantôt à acquérir des pouvoirs nouveaux, tantôt à exercer ceux qu'elle possède déjà, nous envisagerons, d'une part la faculté d'acquisition, et d'autre part l'exercice des droits facultatifs, ainsi que leurs manifestations principales.

Nous nous demanderons enfin s'il n'est pas nécessaire pour diverses raisons, de distinguer entre la faculté et l'acte de pure faculté, et si, notamment, en présence des divergences d'opinions des auteurs, il n'y aurait pas lieu de donner une définition nouvelle de l'acte de pure faculté prévu à l'article 2232 C. Civ.

Nous conclurons en examinant les enseignements divers que nous aurons pu recueillir au cours de cette étude.

La division de notre travail, qu'il nous paraît utile de présenter dès maintenant, sera donc la suivante :

LIVRE I. — PARTIE ANALYTIQUE ET CRITIQUE.

Chapitre premier. — *Exposé analytique* : Exposé des
Textes, de la Jurisprudence, de la Doctrine.

Chapitre II. — *Exposé critique.*

LIVRE II. — PARTIE SYNTHETIQUE

ou

Essai d'une théorie générale sur la notion de faculté.

1^{re} Partie : Généralités sur la notion de faculté.

2^e Partie : La faculté d'acquisition.

3^e Partie : Les droits facultatifs et leur exercice.

4^e Partie : L'acte de pure faculté.

CONCLUSION.

LIVRE I

Partie analytique et critique

LIVRE I

Partie analytique et critique.

Cette partie, ainsi que nous venons de l'énoncer dans l'introduction, comprendra deux chapitres. Elle aura pour but de déterminer le sens et la portée que nous entendons donner au mot « faculté ».

Dans le premier chapitre, nous envisagerons les différentes acceptions dans lesquelles a été pris le terme de faculté dans les Textes, la Jurisprudence, et principalement dans la Doctrine.

Dans le deuxième chapitre, nous examinerons les raisons pour lesquelles certaines de ces acceptions ne sauraient être admises, et nous déterminerons le sens juridique que nous entendons attacher au mot « faculté ».

CHAPITRE PREMIER

Exposé analytique

Ce chapitre, exposant les différents sens habituels du mot « faculté », comprendra 3 sections dont la dernière sera de beaucoup la plus importante :

Section I. — La faculté dans la loi.

Section II. — La faculté dans la jurisprudence.

Section III. — La faculté dans la doctrine.

Section I

LA FACULTÉ DANS LA LOI

Le Code et les lois postérieures emploient fréquemment le mot faculté dans des sens complètement différents.

a) *La faculté serait, dans un premier sens, une « possibilité de fait ».* — L'article 214 C. civ. dispose : « La femme est obligée d'habiter avec le mari, le mari doit la recevoir et lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses « facultés » et son état. »

Et l'article 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'en-

tretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs « facultés¹ ».

En employant cette expression, le législateur a entendu marquer que le quantum de l'obligation du mari ou des père et mère, serait en fonction de leurs revenus, de leur situation sociale, de leurs « possibilités matérielles », et de leurs « moyens », évalués d'après le pouvoir souverain des juges.

b) *La faculté serait un droit prescriptible : un droit d'option.* — L'article 1658 dispose : « Le contrat de vente peut être résolu par l'exercice « de la faculté » de rachat et par la vétusté du prix ». Et l'article 1660 ajoute : « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme », qui est de rigueur (article 1661).

L'assimilation et la confusion qui sont faites, dans ces textes, entre le droit sujet à forclusion ou à prescription et la faculté, est encore plus apparente dans l'article 1717, où les deux expressions coexistent : le preneur a le « droit » de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si « cette faculté » ne lui est pas interdite².

c) *La faculté serait un droit imprescriptible.* — Dans les articles 661, 789, 875, 1038, 1048, 1453, 1514, 1659, 1717, 1763, 2085, C. civ., le mot « faculté » est appliqué, au contraire, à des droits imprescriptibles.

L'article 661 par exemple décide : « tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen ».

1. Dans le même sens, voir les articles 259, 268, 763, 1448 C. civ.

2. V. également : « Faculté d'élire », et « faculté de déclarer command ».

Il s'agit là d'un droit facultatif, dont le non-usage pendant 30 ans, ne fera pas perdre le bénéfice.

Dans le même sens, la loi du 11 juillet 1847 dispose que, « pour l'irrigation de sa propriété, tout propriétaire pourra obtenir la faculté d'appuyer les ouvrages d'art nécessaires sur les rives opposées ».

d) *L'acte de pure faculté serait-il l'exercice d'un droit facultatif ?* — Enfin, le mot faculté se rencontre encore dans l'article 2232, ainsi conçu : « Les actes de « pure faculté » et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ».

Aucune indication n'étant fournie sur la nature de l'acte de pure faculté, on pourrait donc logiquement se demander si l'acte de pure faculté peut et doit être différencié de la « faculté ». C'est là une question qui, par suite de sa complexité, nécessitera une étude spéciale.

e) *Il faut noter, au reste, (et ceci est une réflexion d'ordre général) que les termes employés par le législateur, lorsqu'il reconnaît un droit (ou une faculté) aux parties, sont d'ailleurs très variés.* — En effet, le législateur ne s'exprime pas seulement par les termes : « les parties auront la faculté de, le droit de », mais encore par « il est possible de..., il est permis de..., il est loisible aux parties de... »

Le mot « pourra » est également fréquemment employé : « Les époux pourront, le Ministère public pourra » etc...

Et voici encore un autre exemple de mauvaise terminologie.

Roguin déclare qu'il ne sait pas ce que veut dire

« ne peut » en général¹. Jamais l'auteur d'une loi ne devrait employer « peut » ou « ne peut pas », dit-il, parce que, s'il le fait, « on ne sait pas s'il s'agit d'un droit prescriptible ou imprescriptible... d'une possibilité naturelle ou législative; parfois on ignore, dans ce dernier cas, le sens précis de la disposition² ».

C'est ce que remarquait également Korkounov², en disant que, lorsque la loi organise un service, et dispose que ce service « pourra » prendre telle mesure, il ne s'agit pas là d'une « norme portant nécessairement « permission », puisqu'« elle impose le plus souvent le « devoir de faire tel ou tel acte, si certaines circonstances de fait se produisent ». Parfois, par ce terme, « elle laisse au Tribunal lui-même, le soin de reconnaître, selon les circonstances, l'utilité de la mesure à appliquer, « ce qui ne signifie pas que le Tribunal peut « l'appliquer ou non, à son gré. Un double devoir est « imposé au Tribunal : apprécier la nécessité de la « mesure et l'appliquer si cette nécessité est reconnue.

« De même, lorsque la loi dispose qu'au bout d'un « certain temps, la séparation de corps peut être transformée en divorce, on est légitimement en droit d'ignorer si le Tribunal doit constamment accorder cette « conversion »³.

1. *La Science juridique pure*, p. 81.

2. *Théorie générale du Droit*, p. 190 suiv.

3. Lorsque, sans contestation possible, le mot « pourra » confère un droit ou une faculté, il vise des situations juridiques différentes :

a) Il peut, tout d'abord, consacrer légalement la reconnaissance d'un droit naturel appartenant à toute personne; ex. : « Toute personne pourra disposer... » (article 902 Code civil et articles 537-967);

b) Il peut vouloir établir la désignation des titulaires d'un droit créé par la loi : soit qu'il ouvre un droit nouveau au profit de personnes déjà impliquées dans un autre rapport de droit et ceci à l'exclusion d'autres personnes, (article 490); soit qu'il ouvre un droit au profit d'une personne qui, impliquée dans un rapport de droit, désire le modifier (ar-

Ainsi donc, les textes ne sauraient nous aider efficacement pour l'élaboration d'une théorie générale des facultés, puisqu'ils ne précisent même pas suffisamment, quand ils contiennent le mot « pourra », s'il s'agit d'un droit ou d'une obligation.

Section II

LA FACULTE DANS LA JURISPRUDENCE

A) *Distinction du droit et de la faculté, et confusion de la faculté et du pouvoir de fait.*

C'est en voulant distinguer droit et faculté que la jurisprudence décida que l'abrogation de l'article 416 C. pénal par la loi du 21 mars 1884, avait non seulement conféré aux ouvriers le droit de se concerter librement, en vue d'arriver à une déclaration de grève, mais encore leur avait laissé la « faculté d'user de certains moyens d'action », notamment de l'interdit¹.

ticle 1078); soit qu'il cherche à préciser les titulaires d'un droit afin d'éviter toute contestation entre les intéressés (articles 345, 507, 406);

c) Tantôt ce mot établit simplement les modalités d'exercice d'un droit (délais, formes, etc.), (articles 818, 1582, 1584, 1985), ou les conditions d'ouverture d'un droit (art. 887);

d) Tantôt il fixe à la fois les titulaires et les modalités d'exercice (articles 312, 340, loi 1^{er} avril 1923);

e) Il désigne aussi les modes de preuve par lesquels on pourra faire valoir son droit (articles 1335, 1336, 1950);

f) Il peut indiquer aussi, au profit de personnes déterminées, les dérogations spéciales possibles aux conditions générales d'exercice d'un droit;

g) Dans d'autres textes, il confère un droit pour sanction de la violation d'une obligation (article 485);

h) Dans d'autres textes, le mot « pourra » établit un droit d'option dans l'exercice d'un droit (articles 774, 841) ou dans l'exécution d'une obligation.

L'étude de « ne pourra » nous fournirait la même matière à réflexions.

1. Limoges, 10 juin 1902, S., 1902, II, 233; T. C., Douai, 7 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 16 mai 1902; T. C., Limoges, 29 novembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 676.

Dans le même ordre d'idées, l'arrêt de la Cour de Toulouse du 20 juillet 1896¹ est encore plus explicite. En ce qui concerne l'intervention des tiers dans une grève, le Tribunal civil de Toulouse, dans un jugement du 19 mars 1896, avait reconnu qu'il s'agissait là « d'un droit » véritable, découlant du droit de grève; qu'en conséquence, quoique l'intervention puisse être dommageable pour autrui, elle constituait un acte licite : « il n'y a pas faute à user d'un droit, sans d'ailleurs en abuser ».

Mais sur appel, la Cour déclara que l'intervention n'était « ni un droit, ni même une simple faculté, mais un pouvoir de fait ».

Aussi, disait l'arrêt, l'intervention n'est-elle excusable que quand elle n'est pas de nature à porter préjudice à autrui. Elle n'est pas le corollaire, elle ne constitue pas l'accessoire indispensable de la loi... « Nul n'a le droit « de s'immiscer dans les affaires d'autrui, à moins « d'avoir soi-même un intérêt réel appréciable, qui est « alors générateur d'un droit destiné à le sauvegarder; « sans intérêt propre et personnel à protéger, l'immix- « tion dans les affaires d'autrui ne constitue ni l'exer- « cice d'un droit, ni même l'exercice d'une *simple faculté*. « Ce n'est donc qu'un pur fait... susceptible d'engendrer « suivant les circonstances... des effets juridiques..., « et non pas l'exercice d'un droit antérieur... L'article « 1382 est donc applicable ».

Nous critiquerons cet arrêt par la suite; il nous faut simplement retenir, pour l'instant, que c'est à juste titre que la Cour de cassation ne maintint pas cette distinction arbitraire entre le droit, la simple faculté,

1. S. 1898, I, 17, note Esmein, Aff. Verreries de Carmaux contre Jaurès.

le pur fait; elle reconnut le droit d'intervention des tiers et leur responsabilité en cas de menaces et manœuvres frauduleuses.

Ce ne sont pas là les seuls cas où la jurisprudence ait essayé de poser une distinction entre le droit et la faculté, qui serait un « simple pouvoir ».

Un arrêt de la Cour de Dijon du 10 juin 1891¹ admet que la validité des actes translatifs de droits réels, étant subordonnée vis-à-vis des tiers à leur transcription, le vendeur conserve jusqu'à l'accomplissement de cette formalité sinon le droit, du moins « le pouvoir », de transmettre utilement la chose vendue et, par exemple, de la transmettre à son légataire universel². Ce pouvoir est appelé *faculté* par un arrêt de Cassation du 1^{er} décembre 1902³ ainsi conçu :

« Attendu que par suite du défaut de transcription de cette vente, le vendeur et, à son décès, ses héritiers légitimes sont réputés à l'égard des tiers n'avoir pas cessé d'être propriétaires, il faut décider que les héritiers du vendeur ont la *faculté* de disposer entre vifs à titre onéreux ou à titre gratuit de l'immeuble ».

B) *Confusion de la faculté avec la tolérance.*

L'acte toléré est également confondu par la jurisprudence avec la faculté. « La faculté d'ouvrir des jours de souffrance, en dehors des prescriptions légales, ne

1. D. 1892, 2, 469.

2. V. Jurisp. Gén., Transc. Hypothéc., n° 483; C. civ. annoté, Appendice 3 au livre III, titre 18, L. du 23 mars 1855, art. 3, n° 42 suiv. p. 1144; Cass., 1^{er} décembre 1902, D. 1902-I-180.

3. D. 1904, I, 5.

saurait fonder de prescription si cette *faculté* résulte d'une simple tolérance¹ ».

Et quand elle confond faculté et tolérance, la jurisprudence ne manque pas d'invoquer l'article 2232 relatif à l'acte « de pure faculté et de pure tolérance, de simple tolérance » comme elle ajoute quelquefois.

C) *Confusion du droit et de la faculté.*

La Jurisprudence, elle aussi, emploie fréquemment les mots « faculté » et « droit » en qualité de synonymes.

Citons seulement deux exemples :

« Il est permis au donateur », déclare l'article 949 du Code civil, « de faire la réserve à son profit ou de « disposer au profit d'un autre de la jouissance ou de « l'usufruit de ses droits ». Cette permission est évidemment un droit; mais la Jurisprudence décide que le donateur a « la *faculté* » de se réserver, sur les objets de sa libéralité, un usufruit plus étendu que celui qui est réglé par l'article 578 du Code².

On pourrait se convaincre de la parfaite identité des deux termes, en confrontant l'article 1244 (« Les juges peuvent néanmoins accorder des délais pour le paiement ») et la jurisprudence qui décide que « la *faculté* » conférée aux juges cesse quand le titre exécutoire est un jugement définitif en dernier ressort³.

De ce qu'elle confond dans certains arrêts « droits »

1. V. Pasier. belg., Jugement Niederbrackel, 8 novembre 1878; Dijon, 20 décembre 1871, S. 72, 2, 72; Nîmes, 14 janvier 1924, *Gaz. Trib.* 1924, 2, 609.

2. Paris, 8 mars 1877, D. P., 1878, 2, 75; 1^{er} avril 1895, D. P., 95, 1, 335.

3. Paris, 2 décembre 1871, D. P., 72, 2, 71.

et « facultés », elle est appelée naturellement à poser une distinction entre les facultés, calquée sur la distinction des droits. Elle divise donc les facultés en facultés naturelles, légales, conventionnelles, les premières étant imprescriptibles, les dernières ne l'étant pas¹.

Mais c'est surtout pour faire ressortir nettement la différence entre le droit et l'obligation, que la jurisprudence emploie le mot « faculté ».

Elle oppose donc « faculté » et obligation.

Cette distinction résulte, notamment, d'un arrêt de la Cour de cassation, qui admet que la « simple faculté », conférée par l'article 106 du Code de commerce au voiturier, de vendre la marchandise transportée et restée en souffrance, ne saurait, en aucun cas, se convertir en obligation; que, dans tous les cas, la compagnie, si elle n'usait pas de cette « faculté », était fondée à réclamer l'intégralité des droits de magasinage².

Par la suite, la jurisprudence faisant application de la théorie de l'abus du droit, admit, au contraire, qu'il y avait faute de la compagnie de ne pas user de cette « faculté », et qu'il y avait lieu à application des articles 1382 et suivants, lorsque la compagnie laissait la taxe de magasinage s'élever à une somme dépassant plusieurs fois la valeur des marchandises³.

De même l'article 1166 C. civ. donne aux créanciers le droit d'exercer les actions de leurs débiteurs. Il y a là « faculté », dit la jurisprudence, et « non pas obliga-

1. Cass., 21 avril 1860, S. 61. I. 362; Agen, 23 janvier 1860, S. 60, II, 317.

2. Cass., 29 mai 1877, S. 77. I. 475; 31 juillet 1888, S. 89. I. 84.

3. V. Tr. com. Seine, 26 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 153; T. com, Seine, 22 mars 1903, *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 351; *Gaz. Pal.*, 1925, II, 401; Georges Ripert, *Règle morale dans les obligations civiles*, n° 96 et jurisprudence en note.

tion ». Le seul fait pour un créancier de ne pas en avoir usé ne constitue donc pas une faute¹.

D) Confusion de la « faculté » avec le droit d'option.

Le droit d'option est également appelé faculté par la jurisprudence, comme il l'avait été par le législateur.

L'article 1408 dit : « A la dissolution de la communauté, la femme a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté ou de retirer l'immeuble » et, ajoute la jurisprudence, « la faculté d'option » est exclusivement personnelle à la femme².

Sans qu'il soit besoin d'insister davantage, ces différents exemples montrent suffisamment que la jurisprudence, pas plus que le législateur, n'a cherché à donner un sens technique au mot faculté, et que ce dernier fut bien réellement, à ses yeux, un terme commode pour cacher le vague de l'idée.

L'étude des auteurs nous fera faire la même constatation. Mais elle nous apportera des éléments nouveaux, grâce aux recherches effectuées par certains d'entre eux, en vue d'établir l'origine, la nature et la définition même de la « faculté ».

1. Sur cette question intéressante, v. Cass. civ., 26 juin 1912, D. 1914. I. 307; Hospice civil de Tarare, contre commune de St-Forgeux; v. également *Revue trimestrielle de Dr. civ.*, 1915, p. 177. L'Hospice de Tarare, créancier d'une rente, à charge par lui d'établir un lit au profit des habitants de la commune, ayant négligé de se faire payer cette rente pendant plus de 30 ans, se prétendait dégagé de toute obligation, en prétextant qu'à son défaut, c'était à la commune d'exercer l'action prévue à l'art. 1166 C. civ. La prétention de l'Hospice ne fut point admise.

2. Cass. civ., 14 juillet 1834, sur renvoi, Riom, 11 février 1836, Riom, 12 décembre 1888, D. P., 1890. 2. 324; Tr. C. Lyon, 26 avril 1893, D. 98. I. 68.

Section III

LA FACULTÉ DANS LA DOCTRINE

Au seuil de cette étude d'importance capitale, nous évoquerons brièvement l'évolution historique de la question, pour nous attacher ensuite à l'examen des principaux auteurs, entre qui nous tenterons d'opérer un classement méthodique et objectif, réservant à plus tard la critique des points de détail, afin de ne point ajouter à l'extrême complexité de la matière.

De là, deux paragraphes :

§ A. Evolution historique.

§ B. Classification des opinions des auteurs.

A. *Evolution Historique*

Le droit romain n'a pas connu la théorie des *res meræ facultatis* et son autorité ne peut être invoquée soit directement, soit indirectement, pour servir de base à une théorie abstraite des facultés¹.

Sans doute, nous rencontrons bien parfois dans les textes, le mot *facultas* ou *facultates*, mais il y est employé sans aucune prétention scientifique et, le plus souvent, dans le sens de *patrimonium*, *potestas*², *divitiæ*³.

1. Modica, *Il circolo giuridico*, 1899, p. 33.

2. L. 60, D.23.III; L. 24 pr. D.24.3; L. 16, pr. D.36-I.

3. Florentin, L. 4. princip. Dig. I. 5, la liberté est une faculté; même sens dans Paul; Ulpien, L. I. § I., Dig., XLVII, *Facultas* — droit du maître dans les actions noxales de choisir entre la responsabilité et l'abandon de l'esclave; L. I. D. 13. IV, *facultas agendi*; L. 9. D. 6.I. de revind, *facultas restituendi*.

Windscheid, Tadda et Bensa, 105, p. 435. « En droit romain, à la vé-

Bartole (1314-1357) a bien, par la suite, distingué entre les *facultates facti* qui, s'exerçant sur la personne même ou sur les choses qu'elle a à sa disposition (*in se vel in suo*) ne donnent naissance à aucun *jus agendi* et ne sont pas sujettes à prescription extinctive, et les *facultates juris* qui, s'exerçant contre autrui (*in alieno*) engendrent une action et sont, de ce fait, prescriptibles, mais n'a nullement cherché à dégager la notion même de faculté¹.

C'est d'Argentré qui, le premier, a formulé la théorie des choses imprescriptibles. « Ce qui caractérise les facultés, dit-il, « c'est qu'elles sont du domaine commun, auquel tout le monde participe, du moins tous ceux qui sont dans le cas d'en réclamer l'usage ». Ces facultés, (et c'est ce qui les différencie des droits), dérivent « de la Nature, notre mère à tous, qui nous les donne, parce qu'elles sont nécessaires à tous les hommes »².

Ces idées furent reprises et développées, dans notre ancien droit, par Dunod³, qui les illustra de nombreux exemples.

« Ce qui est de pure faculté », dit-il, « n'est point prescriptible » et cette qualité vient de la chose ou de la personne.

rité, en général les droits ne s'éteignent pas; ce sont les « raisons » (actions) pour la continuation de leur usage qui s'éteignent. »

Toutefois, certains auteurs ont cru pouvoir se fonder sur un texte de Javolenus (L. 2. Dig., 43, 2; *loi viam publicam non utendo amittere potest*) déclarant que la possibilité de passer sur un chemin public est imprescriptible, pour décider qu'en droit romain, la notion même de faculté était admise. Bolchini, *I diritti facoltativi e la prescrizione*, Turin 1899, p. 17 et 57; Gluck, (traduc. Ferrini, lib. I, 15).

1. Bartole, L. I. D. De conduct. ex lege 13, II, op. Om. vol. 2, p. 78. Il déclare, en outre, imprescriptible le droit de « *reluere pignus* » en payant, parce que ce droit est « *sequela actionis competituræ, quia pignoratitia non competit nisi solvam;* » contrairement à la glose d'Accurse, L. 29. D. 13. VII.

2. Coutume de Bretagne, art. 266, chap. 8, n° 5.

3. Dunod, *Traité des Prescriptions*, éd. 1793, partie I, chap. XII p. 80 à 91.

« Venant de la chose, les facultés comprennent :

1^o Celles qui viennent de la Nature, c'est-à-dire celles qui s'exercent sur ce que la Nature a donné à tous les hommes, pour en user, sans se l'approprier, et qui n'est pas susceptible d'occupation, tels que sont les éléments ».

2^o Celles qui « viennent de la destination : c'est-à-dire celles qui portent sur des choses affectées à l'usage de tous : rues, chemins, etc... ces choses étant susceptibles par elles-mêmes de possession ».

3^o Celles qui « consistent à user d'une chose, lorsqu'en le faisant, l'on ne fait aucun ou peu de préjudice à celui auquel elle appartient » (ce qui vise, sans aucun doute, les actes de tolérance). Le vain pâturage, ajoute l'auteur, paraît être de cette nature. L'on n'en use que par faculté et permission; il n'y a pas lieu à prescription contre le propriétaire.

Il y a une autre faculté attachée à la personne, dit en second lieu Dunod : « *Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur.* » Elle consiste dans l'exercice d'une liberté purement naturelle à disposer de ses biens et de ses actions, suivant le droit de l'Etat dont on est membre; liberté imprescriptible tant qu'elle n'est pas intervertie », et à titre d'exemple, l'auteur cite la liberté d'aller au four et au moulin de la même personne, de construire sur son fonds, de faire un puits dans son terrain

Ainsi envisagée, la faculté, ajoute-t-il, est de fait et non de droit, *facti et non juris*, en ce sens « qu'elle ne suppose ni un droit, ni une action propre qui préexiste, elle dépend uniquement de la volonté de celui à qui elle appartient, (*si et liceat et lubeat*) elle est acquise indépendamment de toute convention,... elle nous permet de nous

conserver ce qui nous est acquis... son exercice n'acquérant aucun droit nouveau, ne produit point de possession propre »; aussi doit-elle être distinguée du droit « formé », et notamment de la « faculté qui vient d'un contrat, d'un titre », qui est prescriptible sans intervention dans le même temps que l'action.

L'examen de la notion de faculté et la recherche d'une définition satisfaisante, devait, par la suite, retenir tant en France qu'à l'étranger, l'attention de nombreux jurisconsultes et donner naissance, entre eux, à de longues et de vives controverses. Pour les résoudre, ceux-ci firent appel, chacun en ce qui le concerne, à l'autorité de d'Argentré et de Dunod dont l'influence, manifeste dans la doctrine française (ainsi que nous le verrons), ne fut pas moins évidente dans les pays étrangers, et notamment en Italie et en Allemagne.

Si nous jetons, en effet, un regard d'ensemble dans les œuvres des anciens jurisconsultes italiens, nous découvrons que la théorie de la faculté a été construite pour « distinguer certains droits pour lesquels il répugnait d'admettre la règle générale de la prescriptibilité¹ ». On chercha, comme le dit Bolchini², à créer un « contraste » entre la faculté et le droit, appelant facultés l'ensemble des droits auxquels ne s'applique pas la prescription extinctive.

C'est ce même souci qui, dans la majorité des cas, a

1. Pour Modica, c'est là un critérium tout subjectif qui ne pouvait être, disait-il, « qu'une source d'incertitude, de doute, d'hésitation, qui s'accrut par la suite, quand par la confusion de la prescription extinctive et acquisitive, on voulut lui adjoindre « la faculté », incertitude et confusion qui, étant donné l'erreur d'origine, accompagne, dans toute l'évolution, la présente question. » Modica, *Il circolo giuridico*, 1899, p. 53, 63.

2. *I diritti facollativi e la prescrizione*, 1899, p. 11 § 4.

guidé les recherches des auteurs italiens les plus récents, qui furent particulièrement nombreux ces quarante dernières années et parmi lesquels il convient de citer notamment, Bianci¹, Salvioli², Modica, Bolchini, Dusi³ et Pugliese.

*Modica*⁴, tout spécialement, s'est attaché à détermi-

1. Pour Bianci, (t. I § 42 et 43) il convient de distinguer entre les « facultés vraies » et les droits facultatifs, les premières constituent les pouvoirs accordés à l'homme par la loi naturelle ou civile pour atteindre sa fin comme homme, comme citoyen, comme propriétaire, tandis que les seconds sont des droits qui « sont bien susceptibles d'être exercés par une personne à l'encontre d'une autre, mais qui consistent dans le choix entre des modes d'agir divers ou contraires et doivent être réputés également effectués par celui à qui ils appartiennent, soit que celui-ci les exerce contre un autre, soit qu'il ne les exerce pas. » (Cité par Pugliese, *Prescrizione acquisitiva*, 1921, n° 93).

2. Salvioli pense que l'unique source des actes facultatifs est la loi qui, dit-il, « tant qu'elle ne change pas, investit incessamment les citoyens des droits qu'elle accorde » et constitue un titre qui se renouvelle perpétuellement. Mais tous les droits qui émanent de la loi ne sont pas des facultés imprescriptibles : il faut considérer, dit-il, la nature de chacun de ces droits; s'il ne peut y avoir ni possession, ni renonciation c'est signe que le droit est facultatif; mais la question doit être résolue « cas par cas » (*Sulla doctrina degli atti meramente facoltativi*); *Circolo giuridico*, 1887, Ann. 18, fasc. 6.

3. Dusi : « Est pure faculté, toute possibilité juridique, laquelle se manifeste, et en tant qu'elle se manifeste, non comme un pouvoir autonome existant par lui-même, mais comme la dépendance et l'émanation d'un droit subjectif (ou d'un état de droit) plus large et plus compréhensif. » (*La imprescriptibilita delle cosiddette facoltà convenzionali, Foro italiano*, 1904.)

4. Modica, *Il circolo giuridico*, 1899 et 1900 : La facoltà giuridiche e l'articolo 688 C. civ. italiano.

« On entend d'ordinaire par droits facultatifs », dit-il, : « 1° les droits « subjectifs eux-mêmes, c'est-à-dire la faculté d'agir garantie par la « loi (*facultas agendi*) et, en ce sens, on peut dire que tout droit est facultatif puisque le droit n'est pas l'obligation; 2° les droits attachés à la « qualité d'homme, de membre d'une famille, de citoyen (droits innés ou « originaires);... ces droits, de leur nature, sont perpétuels;... 3° Certaines « prérogatives ou privilèges, titres ou particules nobiliaires honorifiques; « 4° Par le terme faculté, on entend, avec plus de raison, le droit qu'a « le propriétaire de cultiver son fonds, d'édifier etc.; ces facultés sont « des droits fractionnaires de la propriété;... 5° Par faculté on entend « aussi les actes purement facultatifs prévus à l'article 688 C. civ; « 6° On entend encore par ce terme le droit de satisfaire une prestation « périodique d'une façon ou d'une autre;... 7° On appelle communément « facultés, certains droits spéciaux dont l'exercice ne souffre aucune « limitation dans le temps (par ex. le droit du débiteur de retirer le gage « en payant);... 8° Avec plus de raison, on pourrait énumérer, parmi les « facultés, des droits pour lesquels la prescription est absolument impos-

ner la nature, l'origine de la faculté et à donner une classification des différents ordres de faculté : aussi aurons-nous l'occasion de faire, assez souvent, appel à ses conclusions. Quant à *Bolchini*¹, qui consacre essentiellement son étude à l'examen du caractère de l'imprescriptibilité propre aux droits facultatifs, il estime que la catégorie des *res facultatis*, du point de vue historique et dogmatique, n'a de raison d'être qu'à propos de la prescription extinctive et que c'est par une « aberration juridique » qu'elle a été introduite dans le domaine de la prescription acquisitive.

Mais de tous les auteurs italiens que nous venons de citer, il semble bien que ce soit M. G. *Pugliese*² qui, dans ses travaux récents, soit parvenu à dégager, avec le plus de concision, la notion de faculté. Les *res facul-*

« sible : droit du commettant de dissoudre à sa volonté le contrat d'entrepreneur quoique le travail soit déjà commencé (art. 1641 C. civ. ital.), le droit de chacun des associés, d'associer un tiers sans le concours des autres (art. 1725 C. civ. ital.);... 9° On appelle aussi (à tort) droits facultatifs certaines stipulations contractuelles, par exemple, le droit stipulé par le prêteur de demander une garantie à son débiteur;... 10° Sous le nom de faculté on désigne finalement les concessions faites, par la loi, à certaines personnes qui se trouvent dans une situation déterminée (action en bornage, partage, etc...) »

V. également Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Turin, 1906, 3 vol.

1. *I diritti facoltativi e la prescrizione*, Turin, 1899; cf. notamment p. 6 § 2, 7, 32, 70, 86, 109, 112, etc...

Après avoir établi le « contraste entre le droit et la faculté », il examine les rapports entre les *res facultatis* et la prescription extinctive. Pour justifier qu'en matière d'usucapion, la catégorie des *res facultatis* n'a aucune valeur, il rappelle : 1° qu'aucun des droits facultatifs ne peut être acquis par usucapion; 2° que, corrélativement, aucun des droits peut être acquis par usucapion, n'est un droit facultatif. Toutefois, parmi les droits non sujets à usucapion, il y en a qui ne sont pas facultatifs : les servitudes négatives, les servitudes positives discontinues, le droit d'obligation. Etudiant enfin l'origine des facultés, il pense que celles-ci dérivent uniquement de la loi, et c'est en fonction de cette idée qu'il examine le problème de la rétroactivité des lois en matière de faculté.

2. *La prescrizione nel diritto civile*, 4° éd., Torino, 1921-1924, partie I, *Prescript. acquisitiva*, chap. II, sect. V, § 90.

tatis, écrit-il, « constituent des pouvoirs juridiques connexes à une situation juridique ou émanant d'un droit complexe et doté d'attributs variés¹. Ces pouvoirs, dès qu'ils sont réunis à un « droit plus vaste et compréhensif dont ils émanent, ne constituent pas des droits subjectifs autonomes, parce que ce sont les modes par lesquels le droit fondamental exprime son activité et sa force organique, et qui font partie de son contenu ». Ces facultés sont, ajoute-t-il plus loin, des « pouvoirs juridiques vivant et opérant non pas par leur force propre, « mais par l'énergie du droit auquel elles adhèrent; elles « ont pour caractère distinctif le pouvoir du titulaire « du droit d'en user ou de ne pas en user à son gré. « S'il exerce les pouvoirs et les attributs de son droit, « il n'acquiert pas de droit nouveau; s'il ne les exerce « pas, l'avantage que son abstention procure au tiers ne « crée pas, au profit de celui-ci, un germe de droit », parce « que, dans les deux hypothèses, il y a toujours un état « de fait conforme à l'ordre juridique ».

Pendant qu'en Italie, les anciens jurisconsultes ne parvenaient pas à élaborer, d'une façon systématique, la théorie des facultés, cette matière fut, en Allemagne et en Espagne, soumise à un examen attentif et sévère; elle devint « un sujet à la mode et fut bientôt élevée à la dignité de théorie² ». En Allemagne, les principaux auteurs qui, à des époques différentes, devaient

1. Chiovenda, (*L'azione nel sistema dei diritti*, p. 111) dit même que ces pouvoirs appartiennent à l'essence du droit.

2. Modica, *il circ. jurid.*, 1899, p. 149.

s'attacher à cette question furent notamment Grotius¹, Pufendorf², Gribner³, Struvius⁴ et Savigny⁵.

B) *Classification des opinions des auteurs.*

Si, délaissant le côté historique de la notion de faculté, nous cherchons, comme il est bien préférable, à opérer, à l'aide des idées générales émises par chacun d'eux, une classification parmi nos auteurs, nous pourrions les ranger sous six rubriques différentes :

1° *Un premier groupe d'auteurs a posé nettement la distinction générale de la « faculté » et du droit.* La faculté serait de fait et non de droit.

On s'en souvient — et c'est là un simple rappel — Dunod disait déjà : « la faculté est de fait et non de droit, *facti et non juris*, parce qu'elle ne suppose ni un droit, ni une action propre,... elle nous permet de nous conserver ce qui nous est acquis ».

La même opinion fut reprise par Troplong⁶ pour qui les facultés, qui sont « aussi inviolables que la liberté même qui les met en action », sont de fait, non pas seule-

1. Grotius, *de iure belli ac pacis*, lib. I, cap. I, § 4 et 5; lib. II, cap. IV, § 15. Pour Grotius, Cocceius, Vinnius et Wolf, les facultés ne dérivent que de la nature de la liberté humaine : d'où leur imprescriptibilité absolue.

2. Pufendorf, *De jure naturæ et gentium*.

3. Gribner, *Selecta opuscula iuris publici*, t. IV, sect. II, § 18 et suiv. Les facultés sont tous les droits que l'on obtient non par privilège, mais de droit commun, et ne peuvent s'éteindre par prescription ou prohibition. Les définitions de Muller, Estor, Rave, Gluck sont encore plus imprécises.

4. Struvius, *Syntagma iuris civilis exercitatio*, XLIII, thèse XXII. La faculté dépend du libre arbitre de la personne, ou de la liberté naturelle ou du droit commun des Nations.

5. Savigny, *Traité de Droit romain* (trad. franc. Genoux), t. IV, § 199, t. V, § 237. Cet auteur combat tout essai de construction doctrinale sur la notion de faculté.

6. Troplong, *Prescription*, I, 112 à 132, 380 et suiv.

ment parce qu'elles ne supposent pas d'action, mais parce qu'elles s'exercent seulement sur nous-mêmes, et non contre les tiers.

Les facultés, dit-il, sont « les moyens que l'individu possède pour parvenir à sa fin comme homme, comme citoyen, comme propriétaire : pouvoir transporter son domicile, se marier, disposer de ses biens comme il l'entend. Elles constituent la capacité civile; c'est une puissance, une vertu que chaque individu peut mettre en action. C'est le *droit en disponibilité*, qui engendrera le droit dans son actualité. Cette capacité est imprescriptible : l'homme ne peut l'abdiquer, l'aliéner, l'enchaîner d'avance ». C'est un « arbre dont on pourrait cueillir les fruits sans avoir la permission d'en couper les branches ou le tronc ». On ne saurait donc, dit-il, « posséder la faculté d'autrui » par le fait « qu'on utilise une propre faculté commune à tous. L'exercice de la faculté est subordonné aux éventualités de la vie, aux nécessités du moment... La faculté est à côté du besoin ».

Ces pouvoirs, ces droits que nous pouvons *laisser sommeiller*, nous sont donnés par la nature ou la loi pour nous suffire à nous-mêmes, tandis que les droits réalisés et mis en action, nous viennent de notre volonté et de nos conventions : nous les avons stipulés pour telles circonstances données, pour tel avantage, prévu et défini.

Enfin, les facultés sont de *pur fait* : au contraire des droits formés, elles ne sont pas escortées d'une action; elles se traduisent par un simple acte, qui ne repose pas sur l'assujettissement antérieur d'un tiers. « Il est de l'essence de nos facultés d'agir exclusivement sur nous-

mêmes et sur les choses à notre disposition, et non contre un tiers obligé précédemment », au contraire « du droit formé qui a pour sanction une action en justice ».

Il convient donc, ajoute-t-il, de distinguer ces facultés de celles que « l'homme se crée et se réserve par contrat, qui ne sont pas autre chose que des droits assujétissant la personne d'un tiers » (n° 183). Entre elles, il y a une énorme différence, les premières sont imprescriptibles, les secondes ne le sont pas. Néanmoins si ces dernières « sont de la nature, de l'essence du contrat, si elles en font partie inhérente, elles ne se prescrivent qu'avec le titre entier¹ ».

2° *Pour une seconde catégorie d'auteurs*, les facultés formeraient « l'ensemble des droits communs » par opposition et à « l'encontre des droits formés et concrétisés ».

C'est l'opinion professée par *Bélimé*². « Par actes de pure faculté, dit-il, on ne doit pas entendre ceux qu'une personne exerce comme membre d'une Communauté, sur les choses appartenant à l'association dont elle fait partie et sur lesquelles aucune prescription ne peut lui être acquise, mais... les actes que l'on peut se permettre d'après le *droit commun*, et qui s'opposent aux droits qui présupposent une dérogation à la règle commune et un empiètement sur autrui ».

1. Il convient de signaler qu'une opinion diamétralement opposée à celle de Troplong fut professée par Gautier (*Revue critique*, 1877, p. 49 et suiv.). Pour cet auteur : 1° Les droits que l'homme possède comme membre de la communauté ont pour unique source la *volonté seule* du législateur (cf. même sens, Mourlon, *Rép. écrites*, I, 758, n° 1835).

2° Les droits facultatifs sont souvent exercés à l'encontre d'un tiers, par exemple en cas d'acquisition de la mitoyenneté. Ils n'agissent donc pas uniquement sur nous-mêmes et sur les choses que nous avons à notre disposition.

2. *Traité du Droit de possession et des actions possessoires*, 1842, n° 65 et suiv.

Et en ce qui concerne les droits acquis par convention, le droit commun reprend son empire « quand bien même les parties s'exprimant avec *inexactitude* se seraient servies du mot « faculté ».

Dans le même ordre d'idées, Laurent écrit notamment, en se référant à Leroux de Bretagne¹ : « L'homme n'a pas besoin d'une concession pour exercer des droits qu'il tient de la nature ou de la propriété ». L'exercice de ces droits constitue la liberté civile « qui consiste dans le droit de faire tout ce qui est licite. Par cela seul qu'il s'agit de droits tenant à la liberté, l'homme peut en user ou ne pas en user... *Les facultés sont aussi des droits*; cependant les facultés ne périssent point quoiqu'on ne les exerce pas, tandis que les droits s'éteignent quand on néglige de les exercer ». Comment les distinguer ? En s'en tenant, dit-il, aux principes énoncés par d'Argentré et Dunod. Ces droits seraient des droits analogues à ceux dont parle la Déclaration des droits de l'homme. « Les facultés ne sont pas établies par les lois, alors même que les lois les consacrent. Elles sont hors du commerce, inaliénables, imprescriptibles ».

Le mot droit, au contraire, « éveille l'idée d'une obligation, ce qui suppose un lien particulier, se formant par voie de convention, nécessitant une volonté particulière, naissant du « commerce » : les droits sont conventionnels, les facultés sont naturelles »; aussi contrairement à Dunod, n'admet-il pas que la contradiction de ces facultés d'intérêt général « puisse ouvrir la carrière à la prescription ».

Puis, sans aucune recherche de terminologie, l'auteur

1. Laurent, *Principes du Droit civil*, t. XXXII, n° 227 et suiv. Conditions de la prescription n° 2; Leroux de Bretagne, t. I, p. 97, n° 122

passé ensuite à l'examen des « facultés conventionnelles » qu'il compare aux facultés naturelles, et qu'il déclare prescriptibles. Certaines exceptions apportées, sur ce point, par la jurisprudence et les auteurs, et énumérées aux numéros 234, 235, lui paraissent « bien vagues ». Il n'admet pas, notamment, la distinction faite habituellement entre les facultés inhérentes au contrat et les facultés qui y sont accidentelles. « Toute faculté qui a son principe dans la nature est imprescriptible; toute faculté qui n'a d'autre cause que la convention est prescriptible ».

C'est en s'inspirant des idées de Laurent que Guillaouard¹ a pu écrire qu'à côté des actes de pure faculté prévus à l'article 2232, et qui sont, dit-il, les actes relatifs au patrimoine qu'un propriétaire accomplit en se bornant à user de son droit sans empiéter sur le droit d'autrui, il y a « les actes de pure faculté, c'est-à-dire les droits accordés par la loi sans aucune limitation de délai, avec la liberté d'en user ou non. Ces derniers, qui sont l'exercice de facultés légales, sont imprescriptibles, même s'ils sont rappelés et confirmés dans un contrat; la contradiction qui y serait opposée serait inefficace pour les rendre prescriptibles².

Au contraire, les facultés conventionnelles sont prescriptibles (n° 617); mais la prescription « ne court pas tant que dure le contrat d'où ces droits dérivent ». Tant que vit l'obligation principale, le droit accessoire, corrélatif à cette obligation vit autant qu'elle.

3° Pour un troisième groupe d'auteurs, les facultés

1. Guillaouard, *Traité de la prescription*, n° 499.

2. V. Marcadé, *Explication du Code Nap.*, art. 2226, 2227, II; Laurent, 32, 232; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n° 171 et 172.

seraient bien « *de droit commun* », mais constitueraient seulement les *attributs de la personnalité*, elles seraient antérieures à la loi positive.

C'est en ce sens que *Poncel*¹ remarque que le mot faculté a été pris dans « des acceptions très diverses, « mais qu'il suppose toujours la liberté, la possibilité « de faire une chose ou de ne pas la faire. Aussi, se sert-on de ce mot pour désigner les *attributs essentiels de la personnalité humaine* : sensibilité, intelligence, « activité ». Ces facultés sont imprescriptibles. Elles se rattachent à l'étude de la prescription acquisitive et extinctive. « Leur usage constitue un acte de pure faculté... Elles préexistent à la formation des droits, leur exercice donne naissance à des droits prescriptibles, la loi positive ne les crée pas : elle peut seulement en réglementer l'exercice. Ces actes de pure faculté portent ou sur des choses qui n'appartiennent à personne, dont l'usage est à tous, ou sur des choses affectées à une jouissance commune, ou sur des choses susceptibles d'occupation, mais qui sont réservées à une catégorie de personnes (art. 644, C. civ.). L'exercice du droit de propriété constitue également un acte de faculté. » Mais cet exercice est un fait, un pur fait, en ce sens que pour l'accomplir, il n'est pas nécessaire de recourir à une action : il n'y a pas à faire établir vis-à-vis du voisin le droit que nous avons de bâtir; il se réalise sur nous-mêmes « ou sur les choses que nous avons à notre disposition ou sur les *res publicæ aut universitatis* ». A côté de ces facultés, certaines peuvent cependant entraîner

1. *Revue critique*, 1880, p. 450 : De la règle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder, ni possession, ni prescription.

une action (art. 530, 663, 646 et 660, 682 C. civ., etc.); celles-ci prennent naissance chaque jour, en quelque sorte; elles sont « l'accessoire d'une relation dont le corrélatif est indispensable » et ne disparaissent qu'avec elle.

Quant aux facultés conventionnelles, « elles n'ont rien de commun, dit-il, avec les facultés dont nous venons de parler, et, comme certains droits nés de la loi, sont toutes prescriptibles.

4° Pour *Vazeille*, les « facultés » seraient l'expression de la liberté de l'homme...

« Les actes de pure faculté prévus par le Code », déclare-t-il¹, « se rapportent à la *liberté de l'homme* dans ses actions, dans la disposition de ses biens, dans son concours à la jouissance des choses communes à tous, de celles qui sont destinées à l'usage du public et de celles qui sont communes à des collections d'individus formant corps ou communauté ». Ces droits et choses sont imprescriptibles, parce que « l'habitude des actions qui tiennent à la libre volonté des individus ne donne de possession ni pour eux, ni contre eux ». Tel serait, par exemple le vain pâturage, qui « ne ferait acquérir ni possession, ni prescription contre ceux qui négligent d'en user » et n'empêcherait pas le propriétaire de se clore.

5° Pour la majorité des auteurs, enfin, les facultés formeraient l'ensemble des droits concernant à la fois la liberté et la propriété².

1. *Traité des prescriptions*, Paris, 1832, I, 56 et suiv.

2. En ce sens, M. Léger, thèse, 1897, *Théorie générale de la prescription extinctive*. M. Léger fait remarquer, à ce propos, que les droits dont il s'agit ont leur source toujours actuelle et permanente dans la loi même, et échappent à la prescription, mais que tout droit puisant sa source dans la loi n'est pas nécessairement imprescriptible.

Cette opinion est, notamment, celle de M. Planiol¹ qui pose la distinction entre le droit et la faculté, au sujet de la prescriptibilité des éléments du patrimoine. Il y a faculté imprescriptible, dit-il, lorsqu'il s'agit d'un droit que la loi a entendu accorder de façon générale à tous les hommes; il y a droit prescriptible quand il s'agit d'une faculté d'agir que la loi accorde exceptionnellement à une personne.

Les facultés imprescriptibles « sont de deux sortes : celles qui sont l'exercice du droit de *propriété*; celles qui sont la mise en œuvre de la *liberté* naturelle de l'homme ».

Les mêmes idées sont émises par MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier².

Les pures facultés ne peuvent, disent-ils, s'éteindre par prescription. Ce sont des droits découlant de la liberté de la *personne* et de la liberté de la *propriété*; « elles dérivent d'un titre qui se renouvelle chaque jour, et à celui qui les a, il n'est point besoin d'une action pour les conserver. Comme dit Trolong : ce sont des droits en disponibilité », le non-usage ne saurait en compromettre l'existence; ce sont des droits « essentiellement attachés à une qualité qui ne peut se perdre par prescription; ils sont la conséquence d'une condition permanente et durent aussi longtemps qu'elle, puisqu'elle les fait naître incessamment ». Mais on ne saurait dire que « les facultés sont imprescriptibles, parce qu'elles n'impliquent pas l'exercice d'une action, puisqu'il y a des cas (le droit de demander

1. *Traité élémentaire de Droit civil*, éd. 1922, I, 660.

2. *De la prescription*, édition 1924, § 161, p. 134, §§ 274, 411, 585, 592.

le bornage, par exemple) où leur possibilité d'exercice est garantie par une action.

Ces droits dérivent « directement de la loi, sont indépendants de toute convention », tandis que les droits proprement dits, opposés aux facultés, sont constitués par la volonté de l'homme. Mais tout droit dérivant directement de la loi n'est pas nécessairement imprescriptible.

Quant aux « facultés conventionnelles, elles sont prescriptibles, mais ne peuvent s'éteindre séparément par prescription si elles procèdent de l'essence ou de la nature du contrat ».

6° Il faut signaler, en outre, que de nombreux auteurs confondent la « faculté » et « l'acte de pure faculté ». Mais à notre avis, l'acte de pure faculté n'est pas l'exercice e tout droit facultatif; les deux choses doivent être nettement séparées.

Cette question que nous indiquons ici pour simple mémoire, sera, du reste, étudiée dans un chapitre spécial¹.

*
* *

Telle est, brièvement analysée et résumée, à l'aide des citations essentielles, la doctrine française sur la notion de faculté². Elle est loin d'être homogène et

1. Par anticipation, nous indiquons les principaux auteurs qui ont contribué à éclaircir ce délicat problème : De Loynes, *Revue critique*, 1889, p. 388; Aubry et Rau, *Droit civil*, t. II, § 179 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription* n° 274; Planiol et Ripert, *Droit civil, Les Biens*, t. III, n° 962 et suiv., n° 494. Sur tous ces points, voir livre II, p. 261 et suiv.

2. Voir, en outre, les Recueils suivants : Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, art. 2226, 2229, 2232, 2234, 2238, ainsi que art. 644; Répert. Dalloz, *Action possessoire*, n°s 45, 199, 201, *Prescription civile*, 155 s. 358 s.; Pandectes franç., *Prescription*, chap. VII, *Possession à titre de*

satisfaisante. Elle laisse, à l'esprit, une impression d'incertitude, de confusion et de flottement. Aucune notion précise ne semble pouvoir en être dégagée, puisque le mot « faculté » est employé pour désigner tantôt le pouvoir de fait (l'acte de tolérance), tantôt le droit d'option, tantôt le droit conventionnel, tantôt les droits imprescriptibles. Le désaccord est plus évident encore en ce qui concerne, soit l'origine, soit la nature de la faculté.

Cependant quelques traits communs, résultant des mêmes idées directrices, ressortent des études françaises (ou étrangères) qui viennent d'être signalées; ce sont les suivants :

1) La recherche par tous les auteurs d'un critérium distinctif du droit et de la faculté.

2) La tendance bien marquée à admettre le critère de l'imprescriptibilité.

3) La tendance à admettre que les facultés constituent l'ensemble des droits découlant de la propriété et de la liberté individuelle.

4) La recherche et l'essai (par plusieurs auteurs, au moins) d'une distinction entre la faculté et l'acte de pure faculté.

propriétaire, n° 1548 à 1567; Pandectes belges, *Encyclopédie, Prescript. acq.* (en général), t. 78. n° 36, 154, 211; *Possession, prescription*, t. 78, chap. VIII, 70 s.; Pand. belg., *Imprescriptibilité*, t. 51, §§ 1, 24, 39, 83; *Servitudes* (en général) n° 459, 461, 490, 1385; *Serv. de jour et de vue*, n° 66; *Serv. de passage* t. 10, p. 474; *Prescrip. trentenaire*, n° 366, *Act. possess.*, t. 5, n° 116 et suiv.; Marchepied, t. 62; Pasicrisie, Cours de Belgique, Nederbrakel, 8 novembre 1871; Tolérance, action possessoire.

CHAPITRE II

Exposé critique

Ayant ainsi exposé, d'une façon objective et sans commentaires, les textes, la jurisprudence, la doctrine, sans nous arrêter présentement aux critiques qui pourraient être faites sur les opinions des auteurs, spécialement en ce qui concerne l'origine et la nature des facultés¹, nous nous efforcerons de dégager, au plus tôt, la notion de faculté, en recherchant parmi les acceptions communément admises, celle où l'emploi de ce mot s'impose avec une réelle évidence.

C'est qu'en effet, les incertitudes de la jurisprudence et les confusions de la majorité des auteurs sont dues, pour une bonne part, à un défaut de terminologie.

Comme dit Modica², la « discordance entre les différentes opinions découle de ce que les auteurs ont, ou bien regardé plusieurs aspects du problème en négligeant les autres », ou bien mélangé « tout ou partie des sens variés de ce mot, en ne réussissant pas à concilier ou à réduire à une seule règle les différents concepts hétérogènes ».

1. Ces critiques trouveront leur place au livre II, ch. I, cf. p. 104.

2. *Il circolo giuridico*, 1899, p. 42.

Pour savoir précisément si cette réduction à un concept unique est possible, et pour essayer de déterminer le sens technique qu'il convient d'attacher au mot faculté, il faut, avant toutes choses, se poser les quatre questions principales suivantes :

1° L'emploi du mot faculté est-il suffisamment justifié et nécessaire, pour désigner le « pouvoir de fait » en général ?

2° Est-il davantage justifié pour désigner plus spécialement l'acte de tolérance ?

3° L'emploi de ce terme s'impose-t-il pour désigner, dans certains cas, le droit d'option ?

4° Peut-on songer à réserver exclusivement ce terme aux droits imprescriptibles ?

La résolution immédiate de ces questions fera l'objet de 4 sections.

Section I

LE « POUVOIR DE FAIT » EST-IL UNE « FACULTÉ »

Se demander si tout pouvoir de fait est une faculté, c'est, au fond, se poser la question de savoir si tout pouvoir licite de l'homme est un droit, et si, lorsqu'il n'en est pas un, il est utile de lui réserver le mot de faculté par opposition à droit.

Il est aisé de répondre que tout pouvoir licite de l'homme n'est pas un droit.

Il en est ainsi notamment : 1° quand il s'agit de pouvoirs découlant d'usages mondains; 2° quand il s'agit du pouvoir de revendre un immeuble vendu une pre-

mière fois, mais dont la vente n'est pas encore transcrite; 3° quand il s'agit, sauf controverses, du pouvoir d'intervention dans les grèves; enfin quand il s'agit de pouvoirs résultant d'actes de tolérance : ce dernier point sera spécialement examiné.

I. — Les pouvoirs résultant d'usages mondains (ou d'obligations naturelles) sont-ils des facultés ?

Le principe qui domine la matière est le suivant : L'usage mondain dont se prévaut un individu à l'encontre d'un autre n'est pas un droit, parce qu'il n'engendre pas d'action à son profit, alors que tout droit suppose une obligation corrélatrice, dont l'exécution peut être demandée en justice.

Ainsi, le créancier d'une dette de jeu n'a pas un droit. Il peut seulement user de certains moyens reconnus par l'usage (radiation du cercle, sentiments d'honneur, etc...) pour essayer de contraindre son débiteur à s'acquitter. Mais juridiquement, celui-ci n'est point tenu de payer. Il n'y a pas lien de droit, mais seulement lien entre hommes du monde.

De même, nous pouvons convenir que demain nous nous trouverons à tel endroit : si l'un de nous n'y vient pas, l'autre n'aura aucun recours juridique¹.

Les usages mondains peuvent engendrer des engagements de conscience, moraux, basés sur l'équité. Je puis aller à Lyon et me charger de faire dans cette ville une commande² : s'il s'agit, uniquement, d'après les circonstances, d'un devoir de courtoisie, vous n'aurez

1. Boistel, *Phil. du Droit*, p. 415; Jean Taffe, thèse, *Responsabilité civile en dehors du contrat et du délit ou du quasi délit*, 1921.

2. Demolombe, *Traité des contrats*, t. I, p. 11, 12.

aucun moyen légal à faire valoir, pour imputer mon oubli à faute¹.

L'étude de l'obligation naturelle, envisagée non seulement comme engagement d'honneur, mais comme obligation civile dégénérée, montrerait également que le père ou la mère ne sont pas obligés de doter leurs enfants; que le débiteur, après 30 ans, ne saurait être contraint de s'acquitter.

De ce que le père est libre de doter ou de ne pas doter, le voyageur allant à Lyon, libre de ne pas faire la commande, le joueur malheureux, libre de ne point payer sa dette, faut-il en conclure qu'il s'agit d'une « faculté » de payer, de doter, pour bien marquer l'opposition avec « l'obligation » ?

Nous ne le pensons pas, il s'agit là, dit-on, de droit sans sanction. Mais qu'est-ce donc qu'un droit sans sanction ? Un droit sans sanction, sans éventualité de sanction n'est pas un droit, pas même un droit imparfait. Entre le fils et le père qui refuse de le doter, il n'y a pas droit sans sanction, il y a absence de droit du fils vis-à-vis du père, de même qu'entre le débiteur et le créancier qui n'a pas fait valoir son droit dans les 30 ans, il n'y a plus de *vinculum juris*. La sanction est un élément essentiel du droit².

Il s'agit là d'un simple pouvoir matériel, de faits qui sont en dehors du domaine du droit, bien que leur accomplissement puisse, par voie de conséquence, produire

1. Cependant le refus d'accomplir un acte de courtoisie pourrait être une cause de responsabilité s'il était de nature à jeter la suspicion sur autrui et n'était pas motivé par des circonstances graves; E. H. Perreau, *Revue trimestrielle, D. C.*, 1914, 504 suiv. Les usages peuvent, surtout en matière commerciale, valoir comme convention tacite, dans certains cas. Hémard *Précis de Dr. civ.*, I, n° 39; cf. également art. 1135 C. civ.

2. Roguin, *op. cit.*, t. II, p. 232, 233 et suiv.

certaines effets juridiques, qu'un paiement effectué après 30 ans, par exemple, ne puisse servir de base à une action en répétition.

Mais il faut laisser ces faits en dehors du domaine du droit. Et, dès lors, on ne saurait leur réserver la dénomination de « facultés » puisque, au contraire, nous cherchons à employer ce terme dans un sens purement juridique et technique.

II. — Le pouvoir de transmettre une seconde fois une propriété déjà vendue, mais dont la vente n'a pas été transcrite, est-il un droit ou une « faculté » ?

Nous avons vu que la jurisprudence¹ pensait qu'il y avait là non un droit, mais une « faculté », c'est-à-dire, en quelque sorte, un état dégradé du droit. La question est très délicate. On peut d'abord se demander, en effet, s'il ne s'agit pas d'un véritable droit. On pourrait raisonner de la façon suivante : *A* ne peut conférer au second acheteur *C* plus de droit qu'il n'en a ; si donc *C* devient, malgré l'acquisition de *B* non transcrite, propriétaire de l'immeuble, c'est que la loi reconnaît implicitement que *A* est resté propriétaire, au moins vis-à-vis des tiers ; *A* transmettrait donc à *C* un droit de propriété. Ainsi donc les héritiers légitimes de *A* trouveraient dans la succession de ce dernier ce bien qui serait réputé non sorti de son patrimoine. En conséquence, le créancier qui aurait obtenu un jugement de condamnation contre les héritiers du vendeur pourrait valablement

1. Cass., 1^{er} décembre 1902, précité.

requérir inscription de son hypothèque judiciaire sur l'immeuble dont la vente n'aurait pas été transcrite¹.

A l'inverse, on pourrait dire que le vendeur a cessé d'être propriétaire; qu'en effet, le texte de la loi du 23 mars 1855 n'affirme pas directement le droit du vendeur, mais prononce seulement l'inopposabilité aux tiers ou l'inefficacité de la validité des droits acquis par l'acheteur. Le vendeur n'a plus un droit de vente, il n'a plus qu'un « pouvoir ». Et la preuve, c'est que la jurisprudence n'admet pas que ce pouvoir puisse être transmis par un legs particulier, qu'elle admet seulement la transmission au profit des légataires universels ou à titre universel du vendeur. En outre, au point de vue fiscal, l'immeuble vendu fait partie du patrimoine de l'acheteur; si celui-ci décède, ses héritiers devront certainement comprendre ce bien dans la déclaration de succession. Si *C* devient propriétaire ce n'est pas par e que *A* lui a transmis la propriété, mais c'est par l'effet de la loi, par le jeu des règles sur la publicité. *A* a été, par le contrat, dessaisi de son droit de propriété vis-à-vis de *B* et s'il vendait, il se rendrait coupable vis-à-vis de celui-ci d'un acte de mauvaise foi, d'une espèce de quasi-délit engageant sa responsabilité, et l'accomplissement d'un tel acte ne saurait être assimilé, en aucune façon, à l'exercice d'un droit.

Bien que l'on ait dit que la validité du dessaisissement de la propriété reste subordonnée, vis-à-vis des tiers, à la transcription, et qu'on ne puisse concevoir la séparation complète de l'acte et de la publicité, celle-ci devant

1. V. C. civ., art. 2123, 2124; L. 23 mars 1855, art. 1, 3; Cass., 1^{er} décembre 1902 précité, D. 1904, 1, 5, note de Loynes.

être considérée comme un des éléments de l'acte lui-même¹, nous pensons que la possibilité de vendre une seconde fois une propriété, dont la vente n'aurait pas été transcrite, ne constitue pas un droit, puisque l'exercice normal d'un droit n'engendre aucune action en responsabilité. C'est un simple pouvoir.

Aussi ne doit-on pas lui réserver non plus le terme de faculté qui, là comme ailleurs, est bien inutile, et qui n'apporte aucune nouvelle précision. C'est d'ailleurs ce à quoi nous invite la jurisprudence elle-même, quand elle déclare que, jusqu'à l'accomplissement de la transcription, le vendeur conserve « sinon le droit, tout au moins le pouvoir », de transmettre utilement la chose vendue et, par exemple, de la transmettre à son légataire universel².

III. — *Le pouvoir d'intervention dans les grèves* *est-il une « faculté » ?*

Nous avons vu que la Cour de Toulouse, en ce qui concerne l'intervention des tiers, avait posé une distinction entre le droit, la faculté, le pouvoir de fait (20 juin 1896, précité) et avait jugé que l'intervention dans une grève, constituait un simple pouvoir de fait et non un droit.

La Cour de cassation reconnut le « droit » d'intervention.

1. Mœneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse Lille, 1914, p. 98.

2. Dijon, 10 juin 1891, D, 92.II.469; v. Jurisprud. générale, v. Transc. hypoth., n° 483. Cf. thèse Bastian, Paris, 1929, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, p. 28, suiv.

En note, M. Esmein critique vivement la décision de la Cour d'appel qui pose, dit-il, des distinctions arbitraires, sans rattacher sa doctrine aux théories du Code civil. La question a été mal posée, continue le savant auteur; les tiers, dans le cas présent, usent non pas du droit de grève (qui, dans notre législation, n'est pas suffisamment et complètement réglementé), non pas d'un droit pur et simple, mais « du droit qui appartient à tout homme de communiquer sa pensée à ses semblables, de les conseiller, de leur donner assistance pécuniaire. Indépendamment du droit de grève, il doit être jugé d'après sa propre nature¹ ». Il n'est donc pas autre chose que la mise en œuvre de notre liberté, et non d'un droit spécial. En ce sens, on peut dire que c'est une « faculté » c'est-à-dire un droit général imprescriptible, découlant de l'exercice de notre liberté.

En l'espèce, l'emploi du mot « faculté » ne se justifie donc que si l'on entend par là : droit imprescriptible.

1. L'exercice de ce droit n'excluerait ni la responsabilité pénale, si les faits accomplis tombaient sous le coup de l'article 414 C. P. (manœuvres frauduleuses), ni la responsabilité civile, tombant sous le coup de l'art. 1382, s'il y avait acte dommageable. S'il n'y avait pas accomplissement d'acte dolosif, la question est discutée. Esmein admet qu'on ne ne saurait être responsable lorsque, par un acte licite, on a simplement donné un conseil à autrui sans chercher à l'imposer par une manœuvre frauduleuse; l'axiome imposant de ne pas se mêler des affaires d'autrui, n'étant pas un axiome juridique.

Section II

**L'ACTE DE TOLÉRANCE EST-IL UN DROIT
OU, A DÉFAUT, UNE FACULTÉ¹***I. — Il se différencie nettement d'un droit.*

L'acte de tolérance se différencie, en effet, du droit, car son accomplissement résulte d'une simple permission; or, d'une façon générale, le droit doit être différencié de la permission. Quand la loi permet à quelqu'un de faire quelque chose, elle ne lui ouvre pas nécessairement un droit à l'encontre d'un tiers, à moins qu'elle ne fasse peser sur ce dernier une obligation corrélative².

Il en est de même lorsque la permission émane d'un particulier.

En matière de tolérance, notamment, la permission tacite ou expresse donnée par suite des rapports de bon voisinage, de l'amitié, par le propriétaire d'un fonds à un ou plusieurs de ses voisins, et portant sur des faits qui ne causent à la propriété aucun préjudice réel, n'entraîne aucune obligation à la charge du propriétaire dont il s'agit : il pourra faire cesser ces faits quand bon lui semblera³.

La tolérance exclut donc toute idée, chez les parties, d'appropriation ou d'abandon d'un droit⁴.

1. Nous insistons sur l'acte de tolérance, parce qu'il a été confondu non seulement avec la faculté, mais également avec l'acte de pure faculté.

2. Korkounov. V. sens de l'adage « tout ce qui n'est pas défendu est permis », *op. cit.*, p. 231.

3. Troplong, I, 385.

4. Pand. belg., *Poss. prescript.*, t. 78, chap. 8, § 70.

C'est Paul et Cicéron qui, les premiers, ont posé la base de l'acte de tolérance¹. Et l'on se plaisait, jadis, à faire remarquer que l'acte de tolérance présentait de sérieuses analogies avec le précaire romain qui lui, cependant, devait être toujours concédé expressément et contractuellement².

La possession dérivant de l'accomplissement des actes de tolérance est toujours précaire, ou tout au moins équivoque. Aussi, comme l'a fait remarquer Dunod (n° 114), ces actes n'acquièrent-ils point de droit, ni de prescription, parce que « l'on agit dépendamment et sous le bon vouloir d'un autre, qui demeure le maître de faire cesser... ces actes de familiarité, quand il le trouve à propos ».

L'accomplissement d'actes de tolérance est fréquent : il y a, par exemple, acte de tolérance quand l'on a la possibilité de passer sur un héritage voisin, de couper du bois dans une forêt, de puiser de l'eau à un puits, de pratiquer un passage dans une haie donnant accès sur un terrain vague non clôturé; la possibilité pour les cultivateurs de passer sur le champ des uns des autres, pour faire tourner la charrue lors des labours, celle d'ouvrir des jours de souffrance hors des conditions légales, lorsque le bénéficiaire s'est obligé, par convention, à les boucher à toute réquisition, constituent également des actes de tolérance³. On admet également que si les servi-

1. Cicéron, *De officiis*, L. 1, cap. 16 : « Sunt iis utilia qui accipiunt, dandi non molesta ».

2. Wodon, *Possession*, I, p. 48.

3. Voir Dalloz, *Act. poss.*, n° 192; Pand. belg., *Poss. presc.*, 8 à 70; Pand. belg., *Act. poss.*, n° 119 et suiv. Cf. Scialoja, *Il possesso del precarita, Studi giuridici et storici*, Roma, 1888, *Centenario della Università di Bologna*, p. 226 et suiv.

tudes discontinues ne peuvent s'acquérir par prescription, mais s'établir seulement par titre, c'est parce que les actes qui en constituent l'exercice sont des actes analogues à ceux de tolérance¹.

C'est non seulement en droit privé, mais aussi en droit public que l'acte de tolérance se rencontre fréquemment. Toute occupation privative temporaire du domaine public est considérée comme une faveur, concédée discrétionnairement par l'Administration, n'entraînant aucun droit réel. Là aussi, cette permission est révocable. En principe, son retrait ne donne lieu à aucune indemnité². Cependant, la révocation ne saurait être arbitraire sous peine d'annulation de la décision au Conseil d'Etat qui exige, pour que cette révocation soit tenue pour valable, soit une circonstance nouvelle, soit un motif de droit. On arrive ainsi à une stabilisation de fait et au régime des concessions contractuelles³.

Revenant sur le terrain du droit civil, il faut noter que le même acte peut se présenter, soit comme l'exercice d'un droit, soit comme le résultat d'une simple permission. C'est ainsi que de tout temps, les auteurs envisagèrent différemment la vaine pâture. Pour Trop-

1. V. art. 690, 691 C. civ.; Pand. belg., *Servit. en général*; Pand. belg., *Poss. presc.*, n° 70; Bélimé, *Tr. du droit de possession* (1842), n° 70.

2. Pand. belg., Marchepied, et *Servitudes en général*, n° 490; ne pas confondre avec la question de savoir si l'Administration peut déclasser une voie publique au détriment des riverains y ayant droit d'accès, et si ce droit est une servitude. Les tribunaux le contestent, mais admettent le droit à une indemnité; v. Conseil d'Etat, 18 juillet 1884, D. P., 1886, 3, 15; voir références s. de Loynes, *Revue critique*, 1889, n° 22 et suiv.

3. V. Concessions de prise d'eau; v. Régime spécial pour distribution électrique; v. Concession de travaux publics; Berthélemy, *Dr. administratif*, 1922, p. 439 et suiv. L'auteur distingue la permission d'occupation privative anormale (canalisation, kiosque) qui est une *faveur*, et l'occupation privative normale (Stationnement des voitures, des bateaux) qui est un *droit*, la redevance est alors un impôt et non un loyer. V. également Vazeille, *Traité des prescriptions*, chap. III, aff. Barth contre Hecht.

long (*Presc.*, I, 384, 386), c'était une « pure faculté » découlant d'un droit général et commun, à moins qu'elle ne fût fondée, comme l'admettaient certaines coutumes, soit sur un titre, soit sur une possession immémoriale *pro suo et opinione domini* ou qu'elle ne fût l'exercice d'une servitude reconnue, auxquels cas, elle était un droit. Dunod admettait, de son côté (n° 114), que la vaine pâture était le résultat d'une tolérance, puisque, sauf stipulation contraire, elle permettait au propriétaire de « lever les féconds fruits de son héritage, de se clore », et de changer, sauf exceptions, le mode de culture de sa propriété.

La distinction entre le droit et la tolérance donna lieu également à de grandes difficultés, en ce qui concerne le pacage, et en général tout droit d'usage dans les forêts, de même qu'en ce qui concerne l'extraction de la pierre ou du sable, et le « droit » d'affectation¹.

Pour trancher les contestations entre voisins sur la question de savoir si, dans tel cas donné, il y a tolérance ou droit, et si, en conséquence, la prescription a pu jouer, le juge devra tenir compte des considérations suivantes :

1° Il n'y aurait plus possession de tolérance, si les actes avaient causé une incommodité réelle au propriétaire de l'héritage assujetti.

2° Les rapports entre voisins, l'état des relations individuelles doivent être soigneusement examinés².

3° La négligence du propriétaire pendant un long espace de temps et l'abandon de sa propriété sont des faits très graves, en faveur de la prescription acquisi-

1. V. Proudhon et Troplong, I, 395, 406 et 408; v. Code forestier.

2. Pand. belg., *Servitudes en général*.

tive. Plus le terrain est peu important, plus on a le droit de s'étonner de cette longue patience.

4^o Les actes, réitérés et multipliés, peuvent conduire à un abus si flagrant qu'ils constitueraient, étant tolérés par le propriétaire, une véritable abdication¹.

En cas de doute, les magistrats devront se prononcer pour la liberté des propriétés².

II. — Mais cette tolérance produit certains effets juridiques

En premier lieu, lorsqu'on agit par tolérance, on n'encourt pas condamnation à raison du préjudice que, en fait, on causerait au propriétaire en exerçant normalement un acte de tolérance, puisqu'on a précisément l'autorisation de faire certains actes contraires au droit du permettant³, alors qu'au contraire, l'on reste responsable des conséquences dommageables, résultant, pour les tiers, de l'accomplissement de l'un de ces actes (*Pand. Belg., Encyclop.*, t. 108), et que, par exemple, un acte accompli grâce à la tolérance de l'administration peut engendrer, soit la responsabilité civile, soit la responsabilité pénale de l'auteur.

Jadis, il était admis que l'acte de tolérance viciait la possession d'une façon absolue, et qu'en conséquence, l'action possessoire ne protégeait jamais son exercice⁴. Mais la jurisprudence tend à élargir la notion

1. Troplong, I, 389.

2. De Loynes, *Revue critique*, 1889, n^o 29.

3. *Revue trimestrielle D. civ.*, 1914, p. 481 et suiv., E. H. Perreau; Van Bemmelen, *Notions fondamentales de Dr. civil*, Amsterdam, 1892, p. 129.

4. Dalloz, *Act. poss.*, 203, 204; *Pand. belg., Act. poss.*, n^o 125.

de possession, à la rapprocher de celle du précaire romain, et à la protéger contre toute personne, le maître de la chose excepté¹. Le vice de la possession de tolérance serait donc relatif, et la jurisprudence a fait maintes fois application de cette théorie, notamment, en ce qui concerne les compagnies de chemins de fer².

M. Japiot³, étudiant la recevabilité des actions possessoires au sujet du domaine public et en fonction des actes de tolérance, admet, avec la jurisprudence : 1° l'impossibilité pour les particuliers d'intenter une action possessoire contre la personne morale dans le domaine public de laquelle rentre l'immeuble; 2° la possibilité d'actions possessoires entre particuliers, dont l'un accomplirait des actes de tolérance, ces actions étant envisagées comme moyens procéduraux indépendants de la qualité de la possession; 3° la possibilité d'actions possessoires intentées contre les particuliers ayant la garde et la charge de ce domaine.

Il faut enfin remarquer que la précarité de la possession peut disparaître par la contradiction formelle, opposée au droit du propriétaire du fonds servant, et que celle-ci conduit à la prescription. D'après Baudry-Lacantinerie et Tissier⁴, elle disparaîtrait également par une interversion de titre analogue à celle qui est prévue à l'article 2238 du Code civil⁵.

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, Les Biens, n° 147, 201; Colin et Capitant, *Cours élém. de Dr. civ.*, t. I, 878, 879.

2. Civ., 6 mars 1855, S. 55.I.507; Civ., 15 juin 1895, D. 95.I.506; Req., 9 décembre 1895, S. 97.I.405.

3. *Revue trimestrielle D. C.*, 1912, p. 259.

4. *De la prescription*, n° 286.

5. Sur certaines tolérances spéciales de l'Administration et de la loi, cf. Pand. belges, *Tolérance, in fine*.

III. — *N'étant pas un droit,
l'acte de tolérance est-il une faculté?*

Ayant ainsi marqué que la simple permission devait être différenciée de l'obligation de fournir à quelqu'un l'usage ou la jouissance, à titre gratuit ou onéreux, d'une chose pendant un certain temps, qu'elle était toujours révocable au gré du permettant, nous nous demandons maintenant si le terme « faculté » — indépendamment du sens que nous y attachons — doit lui être réservé. Aucune nécessité pratique ou théorique ne s'en fait sentir. Et d'abord qui, d'une façon générale, serait bénéficiaire de la faculté ? On envisage toujours la « faculté » du côté actif de l'acte de tolérance, c'est-à-dire du côté de celui qui accomplit l'acte toléré et l'on dit : il a la « faculté » de passer, la faculté de puiser de l'eau; etc...; on ne l'envisage jamais du côté passif, c'est-à-dire du côté de celui qui permet l'accomplissement de ces actes; on ne dit jamais : « le propriétaire a la faculté de laisser passer sur son champ, de laisser puiser de l'eau ». Or, nous pensons que c'est précisément ainsi qu'il faudrait envisager la question. Il suffit, en effet, de dire que celui qui accomplit un acte de tolérance use d'une simple *possibilité*, d'un pouvoir de fait d'une simple permission. Il n'y a pas lieu de faire appel au mot « faculté » qui n'apporte aucune nouvelle précision. Si, au contraire, l'on énonce que le propriétaire « a la faculté de laisser passer », on entend par là : 1° qu'il est libre d'accorder ou de refuser à un tiers l'accomplissement des actes dont il s'agit; 2° que, s'il les accorde, il peut, en tout temps, les empêcher sans avoir à donner de motifs, mais que, s'il ne révoque pas la permission

donnée, l'accomplissement de ces actes par un tiers, pendant plus de trente ans ne lui fait perdre aucun des avantages qu'il peut tirer de sa propriété. L'action du tiers — sauf contradiction — ne lui a fait perdre, ni son droit de propriété, ni aucune des prérogatives qui y sont attachées.

Voilà en quel sens on peut parler de faculté en matière de tolérance.

Section III

LE DROIT D'OPTION EST-IL UNE « FACULTÉ » ?

— Les cas où, dans le droit civil, se révèle le droit d'option sont extrêmement nombreux. Nous envisagerons rapidement les principaux cas d'espèces, et nous examinerons ensuite si, parmi eux, quelques-uns ne doivent pas être dénommés « facultés ».

I. — Examen des principaux cas d'espèce.

A titre d'exemple, on pourrait citer les « droits d'option » contenus dans les articles 111, 555, 701, 866, 891 ; 999, 1182, 1184, 1194, 1203, 1232, 1253, 1412, 1570, 1610, 1618, 1620, 1638, 1644, 1674, 1722, C. civ.

Le droit d'option, en lui-même, a été rarement analysé. Il n'est donc pas inutile de dégager les situations juridiques à l'occasion desquelles il se présente :

On peut l'envisager sous quatre points de vue différents : 1° En premier lieu, le droit d'option peut conférer à l'intéressé, la possibilité d'acquérir un droit nouveau ou, au contraire, de le rejeter.

Il en est ainsi dans le droit d'option conféré à l'héritier

qui peut, à sa guise, acquérir ou refuser à la succession.

Le droit d'option de la femme commune, à la dissolution du mariage, confère à celle-ci un pouvoir analogue (art. 1453 C. civ.).

De même, en matière de nationalité, les articles 2, 3, 4 de la loi du 10 août 1927, ouvrent un droit d'option à l'étranger, en lui permettant, selon les cas, soit d'acquérir, soit de répudier la nationalité française.

2° Dans une seconde série d'hypothèses, le droit d'option se présente comme un moyen, pour l'une des parties, soit de réclamer le maintien d'un contrat, moyennant, s'il y a lieu, certains dédommagements, soit au contraire, d'en demander la résolution pure et simple ou la résiliation.

Ainsi, si l'une des parties, dans un contrat synallagmatique, ne satisfait point à ses obligations, l'autre partie a le choix ou de la forcer à l'exécution de la convention, lorsque celle-ci est possible, soit d'en demander la résolution avec dommages-intérêts (art. 1184).

De même, si la vente a été faite avec indication de contenance, à raison de tant la mesure, et qu'il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix ou de se désister du contrat, si l'excédent est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée (art. 1618-1620).

Les articles 1610, 1638, 1644, 1674, 1681, 1722 fourniraient des cas d'espèce analogues¹. L'alinéa 2 de

1. Il faut distinguer ces hypothèses de celle où les parties se sont réservé le droit de résilier le contrat, par une clause insérée à cet effet. La résiliation dans ce cas n'est qu'un pis-aller, un échappatoire pour l'une des parties, ou pour les deux. Elle est souvent accompagnée d'un *dédit* : c'est plutôt un désistement qu'une résiliation proprement dite...

l'article 1408 ouvre à la femme, à la dissolution du mariage, un droit d'option, qui, quoique plus complexe que les précédents, peut rentrer dans cette catégorie¹.

3° Le droit d'option peut, en troisième lieu, se manifester comme conférant la possibilité de choisir dans les moyens d'exercice d'un droit.

Ainsi, le propriétaire d'un terrain peut, lorsque des plantations et des ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, soit les retenir, soit obliger ce tiers à les enlever (art. 555).

En matière de responsabilité, la partie lésée peut, soit porter l'affaire devant les Tribunaux civils, soit former une demande en dommages-intérêts, accessoire à l'action pénale².

Les articles 576, C. civ., 420 C. p. c., fourniraient des cas d'espèce identiques.

De même, en matière de succession, on pourrait songer, comme en Droit allemand, à attribuer au prétendant à toute la succession, plaidant contre un compétiteur invoquant lui aussi un droit à la totalité ou à une fraction de la succession, le choix de faire valoir ses droits, soit par la pétition d'hérédité, soit par voie d'actions particulières, ce qui obligerait toujours le demandeur à prouver son droit héréditaire³.

(Aubry et Rau, *Vente*, V, p. 18.) Il en est différemment dans la vente à réméré qui ouvre un véritable droit d'option, basé sur l'unique volonté du vendeur qui peut, soit ne pas effectuer le rachat (ce qui équivaut à confirmation de la vente et à la renonciation à son droit), soit l'effectuer en remboursant le prix.

1. Sur les conditions de validité du emploi et l'art. 1408 C. civ., v. Planiol et Ripert, *Tr. prat. de Dr. civ.*, (Nast), t. 8, nos 235, 618; t. 9, nos 837, 1086, 1300.

2. Aubry et Rau, VI, §§ 417, 447.

3. Roguin, *Science juridique pure*, p. 61; v. également Aubry et Rau, V, p. 680.

4° Enfin, dans une 4^e série d'hypothèses, le droit d'option confère à son titulaire le droit de choisir entre différentes modalités d'exécution de son obligation.

a) La modalité est double en cas d'obligation alternative¹.

Il en est ainsi quand, pour se libérer, le débiteur a le choix entre le paiement d'une somme ou la dation en paiement d'une chose déterminée, de valeur équivalente. C'est le cas de l'emphytéote qui peut s'acquitter du canon, soit en argent, soit en nature.

En ce qui concerne l'obligation alternative, deux remarques s'imposent :

1° Elle doit être soigneusement différenciée de l'obligation dite « facultative² ».

2° En ce qui concerne spécialement les obligations alternatives annuelles : le paiement d'une seule des deux choses alternativement dues, au choix du débiteur, quoique continué pendant cent ans, ne privera pas ce dernier du droit d'opter au bout de ce temps. La raison en est que les deux membres d'une alternative étant liés l'un à l'autre, et le débiteur ayant le droit de faire

1. Sur l'obligation alternative, sa nature, ses cas d'application, etc., v. art. 612 et 1190 C. civ.; Pothier, *Oblig.*, 247; Modica, *Il circolo giuridico*, 1899; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, édit. 1924, § 9, p. 8; Aubry et Rau. V, § 69; art. 1168 à 1180 C. civ.; Marcadé, t. IV, n° 587.

2. L'obligation facultative a pour objet une chose avec faculté pour le débiteur de prêter une autre chose à la place de celle qui est due (Laurent, *Principes*, t. XXXII, n° 226; Pandectes belges, *Encyclopédie*, 3, 674). L'obligation ne porte donc que sur un seul objet, le surplus étant seulement « in facultate solutionis », d'où si, par exemple, la chose qui fait l'objet de l'obligation facultative venait à périr, l'obligation doit se déterminer d'après la nature de la chose, au contraire de l'obligation alternative dont la nature est incertaine tant que l'option n'est pas réalisée. Il faut noter cependant avec Modica, qu'il n'y a aucune différence au point de vue de la prescription entre les deux espèces d'obligations, l'élément subjectif (choix) étant identique dans l'une et dans l'autre; la différence existe seulement en ce qui concerne « l'interitus rei », lequel se rapporte à « l'élément objectif (prestation de la chose) ».

son choix entre eux, tous les ans, il fait ce choix en payant, il le réitère, il use du contrat¹. Certains auteurs font cependant remarquer que la contradiction élevée par le débiteur, lorsque le choix appartient au créancier, pourrait être de nature à donner un caractère permanent au droit de ce dernier qui, depuis, n'aurait jamais usé de l'alternative².

Pour Modica³, le choix de payer en argent ou en nature, « dans les prestations périodiques, n'est pas perdu par l'exécution de l'obligation pendant trente ans de la même façon », non pas seulement parce que chaque année, il y a exercice du droit, mais parce que s'il en était autrement, « le concédant aurait acquis un droit »; or, « en matière d'obligation il n'y a pas de prescription acquisitive qui puisse jouer au profit du créancier »; seule la prescription extinctive peut fonctionner.

b) Les modalités peuvent être multiples.

Ainsi, en matière de tutelle d'interdit, la procédure étant terminée, le Tribunal peut ou rejeter la demande ou prononcer l'interdiction, ou enfin se borner à nommer au défendeur un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité (art. 499, Aubry et Rau, t. I, § 125).

On peut analyser la situation dont s'agit de la façon suivante :

- 1° Obligation pour le Tribunal de juger.
- 2° Droit d'option entre 3 partis.

1. V. exemples dans Troplong, *de la prescription*, I, 130, 131; Pothier, *Oblig.*, 247.

2. Pand. belg., *Impresc.*, n° 49, 50.

3. *Il circolo giuridico*, 1899.

Le Tribunal, jouit d'ordinaire, « d'un pouvoir discrétionnaire ».

Un tel pouvoir se retrouve fréquemment, notamment en ce qui concerne l'exécution des obligations incombant au conseil de famille, lors des ventes des immeubles du mineur : ces dernières ne sont autorisées que pour cause de nécessité absolue, mais le conseil peut proposer toutes conditions qu'il juge utiles. De même le Préfet de Police, « si les circonstances l'exigent », doit assurer la sécurité, mais il peut opter sur les mesures à prendre. Conseil de famille et préfet jouissent, eux aussi, dans ces hypothèses, d'un pouvoir discrétionnaire, d'un espèce de droit d'option au sens très large, leur conférant le pouvoir de choisir entre divers moyens de remplir leurs obligations.

II. — Le droit d'option et la « faculté ».

Telles sont les principales réflexions que nous suggère l'étude du droit d'option. Est-il utile, dans les diverses hypothèses envisagées, d'employer le terme « faculté » ?

Nous ne le pensons pas : le terme « droit d'option » se suffit à lui-même, et indique suffisamment ce dont il s'agit.

Quand il s'agit du droit d'option de la 3^e et 4^e catégorie, le terme « faculté » serait même totalement impropre, puisque le choix est lié à l'exercice du droit ou à l'exécution de l'obligation, et que si le droit n'est pas exercé d'une façon ou d'une autre, il disparaît par déchéance ou par prescription. Sous peine de perdre son droit, il faut choisir. Il serait donc insuffisant de pire qu'on a « la faculté de choisir » la modalité d'exer-

cice de son droit : en réalité, on a, si l'on veut exercer son droit, l'obligation de choisir telle ou telle modalité.

Dans la seconde série d'hypothèses, un raisonnement analogue conduirait à la même solution, puisque, dans la majorité des cas (action en rescision pour lésion, action en résolution), l'exercice du droit d'option est soumis à déchéance, sinon à prescription.

Dans la première série d'hypothèses, le droit d'option est envisagé comme un moyen d'acquérir un droit nouveau, une situation juridique nouvelle. Ainsi compris, le droit d'option n'est, à première vue, que l'application d'un principe que nous développerons par la suite, à savoir que chacun est libre d'acquérir ou de ne pas acquérir un droit nouveau, que la loi lui ayant conféré un droit, l'individu a le choix, soit d'en revendiquer le bénéfice, soit de le rejeter. En ce sens, le droit d'option s'oppose à obligation.

Encore faut-il distinguer deux hypothèses :

a) Quand l'acquisition de ce droit est enfermée dans un certain délai, on ne saurait parler de « faculté », puisque l'individu qui désire acquérir doit agir avant l'expiration des délais fixés. L'obligation d'agir peut même lui être imposée pour lui éviter l'acquisition définitive d'une situation juridique. Ainsi l'héritier doit opter dans les 30 ans, sous peine d'être considéré comme étranger à la succession; ainsi la femme commune, qui n'a pas pris parti dans le délai de 30 ans, perd le droit de renoncer à la communauté; elle est considérée comme acceptante.

En d'autres termes, le droit d'option ci-dessus s'analyse de la façon suivante :

1^o Droit de revendiquer un bénéfice légal.

2^o Obligation de le revendiquer dans les délais fixés.

Dans ces conditions, il est bien évident que le terme de « faculté », qui est à l'opposé de toute idée d'obligation et de contrainte ne saurait être employé.

b) Si l'on suppose, au contraire, que la loi ouvre à un intéressé la possibilité, selon ses besoins et ses désirs, d'acquérir ou de ne pas acquérir un droit, de l'exercer ou de ne pas l'exercer, et que cette option concernant cet exercice ou cette acquisition lui soit encore permise, alors même que les délais les plus longs de la prescription seraient écoulés, cette option pourra être dite une « faculté », parce qu'en aucun temps, le bénéficiaire ne sera obligé de l'exercer, par crainte de la perdre par suite de son inaction prolongée, qu'elle ne souffre pas la contrainte indirecte résultant, pour l'exercice de la grande majorité des droits, de la prescription extinctive.

Section IV

LA FACULTÉ NE SERAIT-ELLE PAS UN DROIT IMPRESCRIPTIBLE ?

Ainsi l'emploi du terme « faculté », pour désigner soit un pouvoir de fait, soit plus spécialement un acte de tolérance, soit enfin un droit d'option, ne nous semble pas suffisamment justifié; nous pensons, au contraire, qu'il doit être réservé uniquement aux pouvoirs juridiques de l'homme qui se révèlent comme l'accessoire, soit d'un droit complexe imprescriptible, soit d'un état permanent, c'est-à-dire aux droits qui ne sont point sujets à prescription extinctive.

Sans doute, on a bien pu dire que « tout droit est facultatif », en ce sens que tout titulaire d'un droit est maître de l'exercer ou de ne pas l'exercer, mais il n'en est pas moins vrai que, s'il s'agit d'un droit prescriptible ou sujet à forclusion, cet exercice doit, obligatoirement, avoir lieu dans les délais fixés.

Au contraire, le non-exercice d'un droit imprescriptible pendant plus de 30 ans, n'en fait point perdre la titularité; et c'est afin de marquer cette possibilité et cette liberté permanente d'action que le terme de « faculté » doit être employé.

Entendue en ce sens, la faculté s'oppose donc, non seulement à l'obligation d'où peut résulter une contrainte directe, mais encore et surtout au droit prescriptible, qui contient en germe une contrainte indirecte résultant de la prescription.

Les facultés, à première vue, constituent l'ensemble des pouvoirs permanents de l'homme, dont le non-usage ne suffirait pas, à lui seul, quelque prolongé qu'il soit, pour en faire perdre la titularité.

Elles forment, ainsi que nous le montrerons, « les droits primordiaux » communs à tous les hommes; aussi ces derniers peuvent-ils, comme on l'a dit, les laisser sommeiller et les tenir en réserve jusqu'à ce que la nécessité les éveille; elles sont un bien commun, auquel tout le monde participe, parce que, sans elles, la vie civile serait impossible.

La prescriptibilité est donc, à notre avis, le critérium distinctif des droits et des facultés.

La tendance générale des auteurs confirme, au reste, notre opinion personnelle, puisque, sans même rechercher dans les écrits des anciens jurisconsultes, il serait

facile d'invoquer, à l'appui de notre thèse, les opinions de Dusi¹, Pugliese, Planiol, Baudry-Lacantinerie et Tissier que nous avons déjà citées.

*
* *

Concluons. La notion de faculté, si l'on emploie une terminologie adéquate, peut et doit être serrée de très près; la majeure partie des acceptions sous lesquelles ce terme a été entendu jusqu'à ce jour doit, en conséquence, être rejetée purement et simplement, comme ne présentant aucun intérêt, car l'étude des facultés se rattache principalement et seulement à celle des droits imprescriptibles et fait, pour ainsi dire, corps avec elle.

Sous le bénéfice de ces observations, et en envisageant la faculté sous ce seul aspect, nous allons maintenant essayer de construire une théorie générale de la notion de faculté.

1. V. *supra* et *Revue trim. Dr. civ.*, 1903, 878; 1905, 309.

LIVRE II

Partie synthétique
ou Essai d'une théorie générale
sur la notion de faculté

LIVRE II

PARTIE SYNTHÉTIQUE OU ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE SUR LA NOTION DE FACULTÉ

Pour construire une théorie générale sur la notion de faculté, on serait tenté, à première vue, après avoir préalablement remarqué que les facultés — droits imprescriptibles — se manifestent, soit comme l'exercice de la liberté individuelle en général, soit, au contraire, comme l'accessoire de certaines situations permanentes, spécialisées et concrétisées, de diviser, en conséquence, le sujet en deux parties : 1^o étude des facultés dérivant directement de la liberté ; 2^o étude des facultés dérivant d'un droit formé ; les premières étant l'expression d'une activité générale commune à tous, les secondes étant, au contraire, exclusives à un individu ou à une classe d'individus, ayant le droit « comme origine immédiate et la liberté comme origine médiate ».

Mais la différenciation dans de nombreuses hypothèses serait très difficile, sinon impossible, à opérer. Et, au surplus, ainsi que M. Saleilles le déclare, il serait faux « de cristalliser certaines facultés individuelles pour en faire des droits positifs intangibles, alors que les autres rentreraient dans l'exercice vague de la

liberté, laquelle ne serait qu'un droit garanti dans son principe et sa virtualité, et non dans ses manifestations concrètes¹ ».

Sans doute, on ne doit pas identifier « l'exercice de la liberté et l'exercice de la propriété, et considérer les faits d'activité personnelle, accomplis par un propriétaire sur sa propriété, comme rentrant tous parmi les actes de jouissance du propriétaire lui-même ». Lorsqu'un propriétaire construit sur son terrain, il agit en propriétaire, mais lorsqu'il « s'amuse à faire partir des fusées qui vont éclater chez le voisin, il n'exerce plus un acte de jouissance de son droit, mais il use de sa liberté » soumise au contrôle du droit dès qu'elle nuit à autrui.

Mais la « seule différence à établir entre la jouissance de l'une et l'exercice de l'autre doit être *purement quantitative*, en ce sens que pour être contraire aux mœurs et pour être anormal, un fait de propriété devra être bien autrement abusif qu'un fait de liberté... L'une des sphères d'activité est plus large que l'autre, mais le principe de responsabilité est le même ».

Une différence purement quantitative, entre l'exercice de droits concrétisés et l'exercice de la liberté, ne saurait servir de point de départ, de base suffisante, pour l'étude des facultés.

Si, au contraire, l'on se place à un point de vue totalement différent, on s'aperçoit que l'accomplissement d'un acte juridique, tantôt nous conduit à l'acquisition de droits nouveaux ou à la répudiation de droits déjà

1. Saleilles, *Théorie de l'Obligation*, p. 370 et 372, en note.

acquis, tantôt, au contraire, constitue seulement l'exercice de droits dont nous sommes déjà titulaires.

En d'autres termes, et plus succinctement, nous jouissons de la faculté : 1^o d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens et des droits nouveaux ; 2^o d'exercer ou de ne pas exercer nos droits précédemment acquis.

C'est à la suite de ces réflexions personnelles que nous nous sommes décidé à poser nettement la distinction entre la faculté d'acquisition et la faculté d'exercice de nos droits imprescriptibles et à diviser notre travail en conséquence.

Ainsi que nous l'avons énoncé dans l'Introduction et que nous le rappelons à nouveau, nous traiterons donc, en premier lieu, toutes les questions générales touchant à la notion de faculté, nous en rechercherons notamment la définition, les principaux cas d'application, l'origine et la nature.

Ces points ayant été établis, nous examinerons, en second lieu, la faculté d'acquisition en elle-même : ses modalités, ses principaux caractères, ainsi que le rôle joué par la volonté dans l'acquisition des droits nouveaux.

Supposant, en troisième lieu, un droit facultatif déjà acquis, nous en étudierons les conditions d'exercice, ainsi que les principales manifestations et les principaux caractères.

Enfin, nous tâcherons de différencier, à l'aide des auteurs, la faculté et l'acte de pure faculté de l'article 2232 et de fournir de ce dernier une définition nouvelle.

Ainsi comprise, cette étude nécessitera donc 4 parties :

Première partie : Généralités sur la notion de faculté.

Deuxième partie : La faculté d'acquisition.

Troisième partie : Les droits facultatifs.

Quatrième partie : L'acte de pure faculté.

PREMIÈRE PARTIE

GÉNÉRALITÉS SUR LA NOTION DE FACULTÉ

Dans cette première partie, après avoir énoncé la définition des facultés, après en avoir énuméré les principales manifestations qui en sont envisagées par les auteurs, nous examinerons les rapports qui unissent la liberté, en général, et le libre exercice des facultés; pour ce faire, nous rappellerons brièvement ce qu'est la liberté individuelle, ce qu'en sont notamment les principales applications et limitations.

Ce dernier point établi, nous rechercherons s'il n'est pas possible de trouver soit une origine, soit une nature commune aux différentes facultés, notamment, s'il n'y a pas lieu de différencier la faculté du droit et, en particulier, du droit acquis.

De là, les 5 chapitres suivants, nécessairement d'importance inégale.

Chapitre I : Énoncé de la définition des facultés.

Chapitre II : Cas d'application envisagés par les auteurs.

Chapitre III : Étude du principe de la liberté d'exercice des facultés.

Chapitre IV : Origine des facultés.

Chapitre V : Nature des facultés.

CHAPITRE PREMIER

Énoncé de la définition des facultés

La définition des facultés que nous proposerons, pour les motifs précédemment déduits, sera donc la suivante :

Les facultés sont les pouvoirs juridiques de l'homme accessoires à une situation juridique permanente, à un droit complexe imprescriptible, à qui elles empruntent ce caractère de permanence et d'imprescriptibilité.

Elles ne sont donc pas, en elles-mêmes, des droits subjectifs; elles n'ont pas de vie propre. Elles naissent, vivent, meurent, avec la situation à laquelle elles sont annexées : elles ne peuvent cesser tant que cette dernière est en vie.

Elles sont inhérentes à une qualité juridique sur laquelle la prescription extinctive n'a pas de prise : qualité d'homme, de citoyen, de membre de la famille, de propriétaire.

Elles dérivent, comme le déclarent MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier, « d'une condition permanente ».

Elles se révèlent donc comme un « bien commun, auquel tout le monde participe », ainsi que le disait Laurent, parce que, sans elle, la vie civile serait impos-

sible. Elles sont données à l'homme pour qu'il en use selon ses besoins. Aussi peut-il, à son gré, les laisser sommeiller jusqu'à ce que la nécessité les éveille, sans avoir à craindre leur perte par non-usage. Elles constituent, selon la doctrine, les « droits primordiaux de l'individu ».

CHAPITRE II

Cas d'application envisagés par les auteurs¹

C'est aux auteurs modernes que revient le mérite d'avoir essayé d'opérer une classification rationnelle entre les droits imprescriptibles de l'homme.

Parmi eux, Boistel divise les droits primordiaux en droits innés et en droits acquis. Les droits innés sont ceux qui dérivent de la nature d'homme : le droit à la vérité, à la vie, au bonheur; les droits acquis (et développés) sont les libertés dites publiques, « par cette raison qu'elles se manifestent surtout à l'encontre de l'Etat ».

Ces droits, « sacrés, inaliénables, intangibles de l'homme » sont : la sûreté, la résistance à l'oppression, dit la Constitution de 1789-1791. Ce sont aussi : l'égalité, la liberté, la sûreté et la propriété, déclare la Constitution de 1793, dans son article 2.

Boistel classifie ainsi ces différentes libertés :

A. — Libertés d'ordre *intellectuel* :

1^o liberté de s'instruire, ce qui implique « la liberté de la presse, de librairie, d'enseignement »;

1. Les classifications opérées par les auteurs sont, en général, insuffisantes. Nous les citons ici, afin de donner une vue d'ensemble du sujet. Nous nous réservons d'opérer une nouvelle classification au chapitre des « Droits facultatifs ».

2^o liberté d'expression de la pensée par paroles, par écriture;

3^o liberté de l'enseignement;

4^o liberté de la presse.

B. — Dans l'ordre *moral*, il cite : la liberté de s'améliorer soi-même, de travailler à l'amélioration d'autrui, la liberté religieuse (comprenant celle du culte), la liberté de bienfaisance, la liberté du travail.

C. — Dans l'ordre *esthétique* : liberté des Beaux-Arts.

D. — Parmi les libertés d'ordre *physique*, il énumère : la liberté d'aller et venir, la liberté du domicile.

E. — Parmi les libertés aboutissant aux biens extérieurs, il cite :

1^o la liberté d'appropriation; et il a soin de faire remarquer que la faculté d'acquérir doit être distinguée de la jouissance de la propriété acquise;

2^o la liberté du commerce;

3^o la liberté du travail et du louage d'ouvrage;

F. — Parmi les libertés ayant directement pour objet les rapports avec les autres hommes, il énumère la liberté de réunion et d'association.

Ces libertés s'avèrent donc comme des moyens qui seront mis en œuvre dans les relations extérieures avec les hommes, en vue « d'acquérir des biens et de conquérir des droits nouveaux ».

Ces « libertés publiques » sont naturellement complétées par d'autres droits qu'on appelle « droits civils privés », dit Boistel : droit à « la vie, à l'intégrité du corps, à la sécurité, à l'honneur, au nom, à l'état civil, droit à la véracité d'autrui et au secret, droit sur les

productions de l'esprit, droit sur les brevets d'invention, etc... ».

M. Roguin¹ distingue entre les droits de l'individu sur lui-même et les droits sur autrui.

Les droits de l'individu sur lui-même comprennent : les droits à l'intégrité physique, le droit au travail (qui a pour corollaire le droit de ne pas travailler et pour limitations les droits de grève et de mise à l'index), la liberté de conscience, le droit au nom, le droit à l'honneur.

Les droits sur autrui comprennent les droits de puissance sur l'être physique, sur l'être psychique, sur l'activité d'autrui, ainsi, ajoute-t-il, que le droit de circuler et de bâtir et que le droit des médecins sur le corps de leurs clients.

M. Perreau² juge « téméraire, en présence du silence des maîtres de la science », le classement qu'il opère.

Les droits de la personnalité, dit-il, sont reconnus, soit par les lois pénales (droit à la vie, à la santé, à la liberté), soit par les lois administratives (libertés religieuses, liberté des funérailles), soit par les lois ouvrières (activité physique, droit syndical), soit enfin par les lois civiles (état des personnes, capacité).

Ils revêtent trois aspects : ou bien ce sont des droits dont l'homme est titulaire en tant qu'individu (droits à la vie, à l'honneur, à la liberté; droits d'aller et venir, de contracter, droits nés d'aptitudes et qualités spéciales, etc...), ou bien ce sont ceux dont il est titulaire comme membre de la famille (droit au nom, à la sépulture, droit de puissance paternelle, etc...), ou, enfin, ce

1. *Science jurid. pure*, p. 797 et suiv.

2. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, p. 501.

sont ceux qui résultent, pour lui, de sa qualité de membre de la société (droits de nationalité, d'électorat).

Le Code civil portugais (art. 359) définit les droits primordiaux, ceux qui dérivent de la nature humaine elle-même et qui sont reconnus et protégés par la loi civile comme étant la source et l'origine de tous les autres ». Ce sont, dit-il, le droit à l'existence, à la liberté d'association, d'appropriation, les droits de défense. Le droit à la liberté consiste dans le « libre exercice des facultés physiques et intellectuelles; il s'étend à la pensée, l'expression et l'action » (art. 361).

Pour M. Bonnecase¹ enfin, le droit de la personnalité vise « l'ensemble des règles concernant la structure et le pouvoir d'action des personnes privées », il porte sur les règles du droit de famille et du patrimoine. Et, comme le fait justement remarquer cet auteur à propos des tempéraments apportés, en cette matière, aux conceptions individualistes du Code, il ne faut pas oublier que l'individu, « valeur en soi, ne doit pas être sacrifié à quelque vague idéal social ».

1. Où en est le Droit civil, la Cité moderne et la transformation du droit. *Cahiers de la nouvelle journée*, p. 71.

CHAPITRE III

Etude du principe de liberté d'exercice des facultés

Le trait commun de toutes les facultés, avons-nous dit, est que leur exercice est indéfiniment libre, parce qu'il n'est pas autre chose que l'exercice de la liberté individuelle. Mais qu'est-ce donc, en premier lieu, que la liberté individuelle ? Et quelles en sont, en deuxième lieu, les principales limitations ?

Section I

QU'EST-CE QUE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE ?

Etre libre, dans le domaine juridique, c'est, en premier lieu, n'être pas obligé d'exercer à tout moment, les diverses activités qui peuvent nous appartenir. Et en matière de facultés, particulièrement, celles-ci ne cessent pas d'être « un bien pour la personne, comme on pourrait être tenté de le soutenir, par cela seul que cette dernière les laisse sommeiller ». Il suffit, pour qu'elles lui fournissent toute leur utilité, que celle-ci les ait à sa disposition dès qu'elle en aura besoin. « Il serait, au reste, matériellement impossible, soit qu'elle

exerce continuellement tous les droits dont elle pourra avoir l'emploi utile, soit qu'elle se procure à nouveau ce qui lui est nécessaire, toutes les fois que le besoin s'en fera sentir¹ ».

C'est la même idée que l'on énonce lorsque l'on déclare que la « réalisation de l'acte juridique est libre ».

Pour Van Bemmelen², l'acte juridique est l'acte « qui produit un événement juridique et qui est accompli dans l'intention de le produire ».

A cette définition, nous préférons celle de M. Capitant³ : « C'est la manifestation extérieure de volonté, « faite en vue d'acquérir, transmettre, modifier, ou « éteindre un droit, et qui produit l'effet voulu par son « auteur parce que le droit sanctionne cette manifestation de volonté⁴ ».

Pour Bonnecase⁵, « c'est une manifestation extérieure « de volonté, bilatérale ou unilatérale, dont le but « direct est d'engendrer, sur le fondement d'une règle « de droit, au profit ou à l'encontre d'une ou de plusieurs « personnes, une situation juridique générale et permanente ou, au contraire, un effet de droit limité, se « ramenant à la formation, à la modification ou à « l'extinction d'un rapport de droit ».

En fonction de cette dernière définition, nous pouvons énoncer que l'accomplissement de l'acte juridique « en-

1. Boistel, *Cours philos. droit*, I, p. 75, 163 et suiv.

2. *Notions fondamentales du Dr. civ.*, p. 117 et suiv.

3. *Introduction du droit civil*, p. 171.

4. Pour Windscheid, *Pandekten*, t. I, p. 167, note 1, 7^e éd., 1891 : « c'est la manifestation de la force créatrice appartenant à la volonté privée dans le domaine du droit ».

5. Bonnecase, *Supplément du Traité de Dr. civil* de Baudry-Lacantinerie, II, 1925, p. 283; Adde, *Fait juridique*, v. Hémard, *Précis Dr. civil*, 1928, I, p. 112; v. également sur l'acte juridique et les éléments de l'acte juridique, Giovene, p. 1 et suiv., § 3, p. 13, n^o 7.

gendrant une situation juridique générale et permanente » est libre. Mais on ne saurait oublier que l'acte juridique peut se produire non seulement en vue d'acquérir un droit, mais encore de l'exercer. Et l'on peut alors énoncer que l'accomplissement de l'acte juridique, se révélant comme l'exercice d'une situation juridique générale et permanente, est également indéfiniment libre.

Etre libre, c'est, en second lieu, posséder le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, sans avoir à justifier les motifs ou les mobiles qui poussent à l'action, ou imposent l'inaction. Pour Boistel, la liberté juridique permet bien, sans doute, d'agir dans la mesure de ses goûts et de ses forces, mais elle est aussi un moyen de réaliser « les grands objectifs de la vie humaine dont l'ensemble concourt à l'obtention de sa fin dernière vers laquelle la personne gravite sans cesse, sans se rendre compte bien souvent des étapes qu'elle parcourt ».

Et ces grands objectifs énumérés par les philosophes, les publicistes, sont le Vrai, le Bien, le Beau, ou encore la Religion, la Moralité, l'Art, l'Industrie, etc...¹.

Cette nécessité de conformité de la volition à un idéal est affirmée par Duguit.² Mais il s'agit uniquement de l'idéal social. Tout acte de volonté individuel, unilatéral ou bilatéral, doit être « déterminé par un but conforme à la solidarité sociale »; à cette condition seulement, c'est un acte juridique. C'est le but seul qui qualifierait une volition et lui donnerait sa valeur. D'où l'auteur tire les conclusions suivantes (p. 138, 142) : 1° Tout individu peut vouloir tout ce qui est conforme à la

1. V. Ahrens, *Droit naturel*, § 17, p. 119 et 133.

2. *L'Etat, le Droit objectif*, p. 172.

solidarité sociale; 2° tout individu ne doit pas vouloir ce qui n'y est pas conforme; 3° et, en outre, tout individu a le devoir de vouloir tout ce qu'il peut réaliser pour coopérer à la solidarité sociale.

Ne serait-il pas plus juste et plus simple de déclarer que tout motif et tout but doit être légitime, c'est-à-dire non contraire au droit ?

Ce qui ne veut pas dire toutefois que la volonté, en fait, n'ait jamais en vue qu'un but purement économique et non pas juridique, ainsi que l'ont prétendu Thon, Schlossmann, Lœnel et les adversaires les plus acharnés de la Willenstheorie. L'homme ne veut pas seulement « avoir, user », et la manifestation de volonté n'est pas simplement un pur fait « sans efficacité juridique »; comme l'a montré Windscheid, l'effet économique est voulu comme un effet qui doit exister et se produire d'après le droit; l'individu veut l'effet comme un effet juridique, puisqu'il le veut tel qu'il est réglé par le droit; « s'il était voulu comme effet économique, sans qu'on ait voulu de sanction juridique, cet effet ne se produirait pas en droit ».

Par réaction contre une conception purement individualiste poussant, dans certains cas, le respect de la volonté individuelle jusqu'à l'idolâtrie, toute une école, en Allemagne, a professé que le droit a pour objet direct et essentiel « d'organiser les sphères d'action » de l'individu; elle a attribué à l'Etat, en tant qu'organe principal et même unique du droit, la mission « de procéder à cette organisation par toutes les forces dont il dispose ». C'est la théorie du Kulturstaat¹.

1. Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*.

Pareille théorie, en germe déjà dans les prémisses posées par Duguit, considère l'individu comme un membre nécessairement participant et actif d'une société à la recherche d'un vague progrès social. Le droit d'un individu n'est plus un libre pouvoir : c'est un droit-fonction, imposant une obligation d'agir. C'est une fonction déléguée qu'il faut remplir. Le droit devient un devoir : le problème de la liberté de l'individu est, de ce fait, supprimé¹.

Est-il vraiment souhaitable, et nécessaire d'en arriver là ? M. Demogue, qui étudie la question, ne se prononce pas ; il constate simplement l'existence du principe de la liberté individuelle, tel qu'il est reconnu actuellement. Chacun, dit-il, a son petit canton juridique où il est le maître... Rien ne s'accorde mieux avec un idéal calme et borné. Chacun fait ce qu'il veut, ce qui est en contradiction avec le besoin de réarrangement social... on est propriétaire, dût cette propriété ne vous servir à rien. Réserver à chacun une sphère libre qu'il utilisera ou n'utilisera pas, est une cause de déperdition dans l'utilité sociale ».

Aussi, pour éviter cette trop grande déperdition, de même que pour éviter certains conflits entre volontés agissantes, faut-il admettre que l'Etat intervienne, non seulement pour organiser cette liberté en la réglementant et en la limitant, mais encore pour encourager certains déploiements d'énergie, particulièrement profitables à la collectivité.

1. Saleilles, *De la personnalité*, v. notamment p. 10, 484 à 571.

Section II

QUELLES SONT LES PRINCIPALES LIMITATIONS
DE LA LIBERTÉ

L'Etat intervient donc pour organiser notre liberté en permettant, prohibant, réprimant, réparant. C'est qu'en effet, comme le dit Michas¹, s'il n'y avait pas d'organisation juridique de la société, « le pouvoir d'imposer à autrui l'accomplissement d'un acte quelconque résulterait uniquement, pour une personne, de sa force physique, de son intelligence... de sa fourberie. Ce serait le triomphe de l'activité individuelle illimitée, ce serait la pire des tyrannies avec élimination des plus faibles ».

Le législateur a donc, en conséquence, solennellement proclamé que les hommes « naissent et demeurent libres et égaux en droit », affirmation de principe, sans doute, bien souvent critiquée, puisque les hommes ne demeurent pas égaux dans la somme de leurs droits acquis et ne naissent même pas égaux en droits; mais affirmation vraie, puisqu'elle signifie que tous les hommes ont un droit égal « à la protection de la loi positive », que leur valeur est égale, « non pas en intensité et en qualité, mais par nature² ». Cette égalité s'applique donc à l'exercice de la liberté juridique.

1. Michas (*op. cit.*, p. 111) distingue entre le libre arbitre et la liberté : le libre arbitre étant la possibilité de choisir entre deux partis, indépendamment de notre intelligence, et sans se référer à une règle quelconque; la liberté étant, au contraire, la manifestation de volonté dans un but raisonnable. Le libre arbitre de l'un ne saurait être sacrifié à la liberté de l'autre, puisque celle-ci est la faculté supérieure de se diriger conformément aux lois de la raison.

2. Duguit, *op. cit.*, p. 46.

Il faut qu'il n'y ait pas d'entraves ou des entraves égales pour tous à la jouissance que chacun exerce sur son patrimoine et à la faculté d'acquérir des nouveaux droits.

La liberté est un équilibre exact entre les libertés de tous.

Le législateur a formulé ensuite une série de dispositions impératives, d'ordre public, auxquelles les parties ne peuvent déroger, et ceci, afin de protéger l'individu soit contre lui-même, soit contre les tiers¹.

Nous ne visons pas ici les dispositions édictant des déchéances ou des prescriptions (qui se manifestent comme une contrainte indirecte obligeant l'individu à user de son droit pour ne pas le perdre), mais seulement les restrictions qui peuvent avoir lieu dans « l'intérêt de la liberté elle-même »; nous les retrouverons au cours de cette étude, et elles sont fort nombreuses : c'est, par exemple, l'interdiction de stipuler un contrat de louage à vie, de promettre de ne point changer son testament ou de ne pas se marier, de renoncer par avance à la prescription.

D'une façon générale, ces restrictions favorisent la liberté future au détriment des intérêts présents; comme le dit M. Demogue: « On veut assurer l'avenir des intérêts que nous ne connaissons pas ou que nous connaissons mal, on garantit aux hommes d'aujourd'hui, considérés dans l'avenir une sphère d'activité libre ». Mais toute stipulation portant, sur un intérêt futur n'est pas interdite; elle l'est, dans le cas où elle aboutirait à une « perte totale de la possibilité d'agir, considérée comme une émanation directe

1. V. Cours de M. Martin, année 1925-1926, cité par M. Desbois, thèse, 1927, p. 4, *Fraude à la loi*; v. Léger, thèse, 1920, déjà citée.

de nos facultés essentielles ». La possibilité donnée à un individu de racheter une rente perpétuelle, de modifier ou de résilier un contrat, dérive de la même idée. On pourrait en rapprocher également l'interdiction des contrats au-delà d'une certaine durée (baux), ainsi que les règles strictes qui régissent les substitutions permises.

Notre liberté se trouve également limitée par suite de l'effet relatif des contrats : l'on ne peut faire naître de créance au profit d'autrui malgré lui, la promesse pour autrui n'engage pas le tiers; les actes juridiques n'ont d'effet ni contre les tiers, ni en leur faveur (cf. art. 1165). De même le respect « de la sphère juridique d'autrui, le devoir de non-immixtion ou de non intrusion, le respect des droits acquis » apportent encore de nouvelles restrictions à notre entière puissance d'action¹ ».

Toutefois, au lieu de limiter notre activité, l'Etat peut la stimuler : son rôle, en effet, n'est pas seulement d'ouvrir aux activités un libre champ dans lequel « elles pourront donner carrière à leur énergie propre, à lever les obstacles à leur épanouissement et à protéger le domaine qu'a créé pour chacune d'elles son développement antérieur », mais aussi de prendre « un rôle plus actif et d'aider au développement de la vie de la nation », en poussant l'individu à agir par un système de primes, d'allocations, de subventions, de dégrèvements d'impôts, dans des hypothèses exceptionnellement admises.

1. Il conviendrait, en outre, d'ajouter que notre liberté n'est inviolable que lorsqu'elle est en acte, et de délimiter la portée exacte du principe de l'autonomie de la volonté (cf. *infra*).

En ayant ainsi établi : 1° que chacun peut employer sa « volonté à sa guise¹ », à moins que, par sa propre volonté ou celle du législateur, cette activité ne soit mise en partie à la disposition de telle personne; 2° que « la liberté individuelle existe pour tous, que tous en profitent et en souffrent à la fois »; 3° que la société qui, au fond, ne peut vivre que par le développement de la personnalité de ceux qui en font partie doit garantir hautement et, quelquefois même, provoquer leurs libres initiatives, dans les limites des nécessités sociales; 4° que chacun doit respecter la liberté d'autrui; nous avons, pour ainsi dire, « déblayé le terrain sur lequel les relations juridiques d'ordre privé vont naître » et présenté le cadre dans lequel les « facultés » de l'homme vont pouvoir se manifester et s'exercer.

1. Saleilles, *Personnalité juridique*, p. 554.

CHAPITRE IV

Origine des facultés

La recherche et la détermination de l'origine des facultés donnèrent lieu à des discussions et à des controverses juridiques qui sont encore loin d'être éteintes.

Avec les auteurs, nous nous demanderons donc dans les deux sections qui vont suivre : 1° si les facultés dérivent de la nature seule ou seulement de la loi; 2° si les particuliers, dans leurs conventions ne peuvent pas créer des facultés.

Section I

L'ORIGINE DES FACULTES PEUT ETRE NATURELLE OU LEGALE

Pour d'Argentré, c'est la « Nature », notre mère à tous, qui nous confère ces pouvoirs imprescriptibles. Parmi les auteurs modernes, Thiry professe également que ceux-ci naîtraient toujours de la nature de l'homme, alors même qu'ils seraient consacrés par la loi¹. Ils

1. Thiry, *Cours de Droit civil*, éd. 1893, t. IV, chap. III, sect. I, p. 633

se fixeraient sur la tête de chaque individu, par le fait de sa naissance et de sa vie, en raison de sa seule qualité d'homme.

Ces droits seraient naturels, selon cet auteur, en ce sens qu'ils sont antérieurs et supérieurs à la société; ils seraient donc limités par le législateur seulement dans la mesure où le rendrait nécessaire la protection du droit de tous. « Ils résulteraient de l'éminente dignité de la personne humaine, et tout homme en serait titulaire avant même qu'il n'ait fait un acte de volonté particulier ».

A l'opposé de cette thèse, se place l'opinion de M. Gauthier¹ pour qui tous ces droits naissent de la volonté seule du législateur. « Aussi, tout droit accordé par ce dernier (sauf lorsqu'il serait une interprétation de la volonté des particuliers) serait imprescriptible ». Le droit d'accepter ou de répudier une succession (art. 789) ne serait qu'une exception à cette règle et ce, pour des raisons d'ordre pratique.

Cette dernière opinion était déjà repoussée, à juste titre, par Troplong. Il y a, dit-il, « une foule de droits que la loi accorde à un citoyen et qui tombent dans le domaine de la prescription », ainsi le retrait accordé aux ascendants en vertu de l'article 747 Code civil, ainsi les droits accordés par les art. 617, 625, 706 C. civ., ainsi l'obligation personnelle de l'héritier de payer les legs de la succession, ainsi encore le droit de demander l'annulation d'un acte irrégulier.

MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier sont aussi formels quand ils disent que, parmi les droits dérivant directe-

1. *Revue critique*, 1877, p. 53.

ment de la loi, « sont imprescriptibles seulement ceux qui se rattachent à une situation permanente dont ils renaissent sans cesse¹ ».

La discussion devient encore plus serrée avec Saleilles, Josserand et Duguit qui se placent au point de vue général de l'antériorité des droits par rapport à la loi.

M. Saleilles², après s'être élevé contre la Willensthéorie (qui identifie droit et volonté qui l'exerce), et après avoir fait remarquer que le droit ne saurait être défini une faculté légale de vouloir, un *Wollendürfen* (puisqu'il doit, pour être adapté aux nécessités sociales, être limité, « canalisé », garanti, par un élément extérieur à la volonté) ajoute : la « liberté, à elle seule, peut bien « être un postulat essentiel à l'idée de droit, elle n'est « pas le droit, elle n'est que la force qui doit alimenter « le moteur social ». Mais cette force existe « en soi », elle ne dérive pas d'une concession légale, elle a une cause antérieure à sa reconnaissance légale. Et il le prouve par l'histoire, en montrant que, d'une façon générale, le droit ne provient pas initialement d'une concession de la loi, mais d'initiatives qui fondent à la « force du poignet ou à force de vaillance ou d'énergie leur prépondérance individuelle ou collective ». C'était déjà ce que disait Thucydide, V. § 89 : « Ce qui décide des droits humains, c'est le possible que réalisent les forts, et les faibles s'y soumettent ».

Mais Saleilles ne veut pas sous-entendre, lorsqu'il dit que le droit existe en soi, un postulat de caractère métaphysique ou religieux : le droit est seulement un pouvoir « reconnu par l'opinion, comme étant une néces-

1. Prescription, N° 165.

2. *Personnalité juridique*, p. 548, 553 et 560.

sité individuelle ». C'est un pouvoir autonome, mais non pas illimité, comme le professait la théorie individualiste: « C'est un pouvoir de vouloir réalisé par la volonté, reconnu par l'opinion, antérieur à la loi qui le consacre ».

Parmi les adversaires de cette théorie se rangent MM. Josserand, Campion et Duguit.

M. Josserand, dans l'*Esprit des Droits et leur relativité* (p. 299), observe que l'homme isolé ne saurait avoir de droits, au sens juridique du mot, que « c'est seulement en tant que membre de la communauté qu'il acquiert une personnalité et qu'il devient aussitôt le centre et le sujet de rapports obligatoires »; l'homme n'est pas « une fin en soi ».

Campion, dans la *Théorie de l'Abus de droit* (p. 444), professe également que les droits subjectifs ne peuvent naître que de la vie sociale, que l'homme, à l'état de nature, n'est pas titulaire de certains droits propres, que c'est l'existence du « groupe social qui implique l'existence des règles de conduite ». Le droit subjectif ne serait « qu'un pur concept basé sur une intervention surnaturelle inadmissible ».

La même thèse fut reprise, avec autant de force et avec non moins grande autorité, par Duguit¹. L'homme, dit-il, « est à la fois un être social et individuel, et la société n'est pas un fait secondaire ». Ces deux caractères de l'homme sont inséparables et forment l'homme même. Le seul fait directement saisissable est la solidarité sociale, laquelle implique en soi une règle objective, mais point un droit subjectif individuel. La règle de droit, c'est un droit objectif conçu par l'homme,...

1. *L'Etat, le Droit objectif*, p. 138 et suiv.

c'est une règle qui ne fait naître, par elle-même, aucun rapport entre les hommes ». C'est seulement... « un certain pouvoir de vouloir une certaine chose avec certains effets ». L'homme a, par l'effet « de la règle de droit, un Wollendürfen, il n'a pas un Können ». Ce pouvoir, comme le devoir corrélatif qui y correspond, est donc le résultat et le fait de la solidarité elle-même.

On saisit immédiatement l'importance pratique de ces discussions. Si les facultés dérivent de la solidarité sociale, elles ne sont accordées que conformément et qu'en raison des besoins de la Société, tels qu'ils sont compris à un moment donné. La volonté individuelle sera réglée par la norme du groupe et sa sphère d'activité variera, en conséquence, avec les besoins de ce groupe. Personne ne pourra donc se plaindre, ainsi que le dira Duguit, quand, de la transformation « de la règle juridique », résultera une transformation correspondante des pouvoirs juridiques », puisque cette modification ne restreint pas de prétendus droits subjectifs.

Si l'on admet, au contraire, avec la thèse individualiste ou avec l'opinion de M. Saleilles, que les droits individuels ne dérivent ni d'une tolérance, ni d'une concession de la loi, mais résident dans l'individu, on doit en conclure que ces droits peuvent, sans doute, être méconnus par le législateur dans l'intérêt de la société, mais ne sauraient être refusés par pur arbitraire. Notamment, la faculté d'agir que possède tout être humain, ne pourra lui être retirée que temporairement et pour des raisons de gravité exceptionnelle. Cela revient à dire que cette faculté, dès qu'elle est reconnue par le droit positif, existe à l'état de droit subjectif, et qu'elle a une cause antérieure à sa reconnaissance légale.

En ce qui concerne spécialement les facultés, c'est-à-dire les pouvoirs imprescriptibles de l'homme, nous pensons que les unes ont un fondement naturel et sont seulement consacrées par le législateur, tandis que d'autres (d'importance secondaire), sont, non seulement consacrées, mais créées par le législateur, sous l'impulsion de l'opinion publique¹. Dans les deux cas, l'intervention du législateur, en vue de les limiter, est possible et ce, uniquement pour des raisons d'ordre public et d'intérêt général.

Section II

L'ORIGINE DES FACULTES N'EST PAS CONVENTIONNELLE

La convention ne saurait, à notre avis, créer des droits imprescriptibles.

Il est de règle que, lorsque les parties acquièrent, par convention, un droit sur autrui, elles doivent l'exercer pour le conserver; autrement le droit commun reprend son empire. Il en serait ainsi, alors même que le

1. Dans un ordre d'idées analogues, V. Gény, *Science et Technique en dr. privé positif*, p. 96 et suiv. : « l'activité du juriconsulte (au sens le plus élevé du mot) oscille entre deux pôles distincts. Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la nature sociale, c'est ce que j'appelle le *donné*, tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les *mettre en œuvre*, les transformer ou les assouplir de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique pour lesquelles elles sont destinées; ... en ce cas, l'homme peut, ce semble, être qualifié de *construit*... Il va de soi, d'ailleurs, que donné et construit s'entrecroisent pour fournir à la vie toutes les directions nécessaires ».

mot « faculté » aurait été employé par les co-contractants¹.

L'opinion contraire fut cependant soutenue. En Italie, notamment, Tartufari prétendait qu'il serait exorbitant de défendre aux hommes de stipuler aucune faculté perpétuelle : ainsi, il pourrait être valablement convenu que le droit d'ouvrir des jours à une distance moindre que la distance légale pourra être exercé en tout temps ; il s'agirait, en ce cas, d'un « droit particulier non soumis à prescription ». Mais pourquoi serait-ce un droit particulier *sui generis* ? Comment ce droit, par la simple volonté des parties pourrait-il acquérir une nature spéciale ? La prescription n'est-elle pas d'ordre public, et serait-il licite et possible d'y déroger, en créant par contrat des situations juridiques imprescriptibles ? Nous ne le pensons pas.

Comme dit Modica : « La volonté privée ne peut créer de facultés, au sens de droits imprescriptibles, car elle ne peut être élevée au-dessus de la loi qui représente l'intérêt de la société ». La théorie de Tartufari aboutirait, si elle était admise, à détruire l'institution de la prescription ; aussi, la demande de remboursement formulée après 30 ans, par le créancier, malgré la stipulation formelle du contrat lui réservant ce droit, ne saurait être fondée, car elle irait à l'encontre de considérations d'ordre social et économique ; elle équivaldrait, en outre, à une renonciation anticipée du débiteur au bénéfice de la prescription, renonciation formellement interdite par la loi.

1. Poncet, *Revue critique*, 1880 ; Bélime, *op. cit.*, n° 96 ; Troplong, *op. cit.*, p. I, 123 ; Laurent, *op. cit.*, 234.

Une opinion semblable à celle de Tartufari fut cependant professée par Ricci¹, et par la Cour de cassation de Turin.

Dans l'espèce envisagée, il était question de savoir si un propriétaire qui avait vendu une maison avec cour qui la séparait d'une autre, lui appartenant aussi, en se réservant la *faculté* d'ouvrir, dans cette dernière, dans les « temps futurs », des fenêtres, avait perdu une telle faculté pour ne point l'avoir exercée dans le délai de 30 ans à partir de la stipulation. La Cour suprême considéra « qu'il serait étrange de penser que la prescription puisse neutraliser une clause contractuelle qui ne présentait rien d'anormal; parce que la loi, en vigueur à l'époque où elle fut convenue, ne contenait aucune disposition en sens contraire² ». Mais cette opinion ne fit pas jurisprudence³.

Ainsi donc, les droits dérivant de conventions, n'ayant qu'un intérêt privé relatif, seront prescriptibles malgré la clause qui les déclarerait perpétuels⁴.

A titre de simples exemples, nous citerons les hypothèses suivantes: celui qui vend la possibilité de bâtir sur son terrain est libéré de son obligation, si l'acquéreur a laissé passer trente ans sans user de son droit. La possibilité que s'est réservée le vendeur d'un terrain de pouvoir y construire « quand bon lui semblera » s'éteint par non usage pendant 30 ans. Celui qui a promis

1. *Corso teorico di diritto civile*, vol. V, n° 58.

2. V. Cassation, Turin, 8 mars 1887, Legge 1887, 2, 85. Même Cour, même sens, 15 décembre 1871, Recueil de Jurispr. italienne, 1871, 2, 861.

3. V. Cass., Naples, 8 juin 1887, Legge 1888, I, 379; v. Pugliese, *Prescript. extinctiva*, n°s 41, 267; Bolchini, *op. cit.*, § 16.

4. V. J. G., Presc. civ., 162; C. civ. annoté, art. 2226, n° 84. Troplong, *op. cit.*, 123 s.; Vazeille, t. I, p. 119.

de payer à la volonté du créancier « toujours et toutes et quantes fois » ne se prive pas du bénéfice de la prescription.

De même, la « faculté réservée à chacune des parties de résilier » à perpétuité un contrat doit être déclarée sujette à prescription, ainsi que le droit que se réserverait le propriétaire, en concédant un droit d'usage sur certains immeubles, de les reprendre quand « il lui plaira », et que le droit d'ouvrir des jours à une distance moindre que la distance légale¹.

Mais la prescriptibilité des facultés conventionnelles souffre cependant des exceptions, dont voici les principales :

1° Si une faculté naturelle ou légale est rappelée dans un contrat sous forme de réserve, elle ne devient pas prescriptible. Elle nous appartiendrait; en effet, alors même qu'un titre ne nous l'aurait pas accordée.

Dunod, d'Argentré et Merlin pensaient cependant que « la faculté qui est imprescriptible, devient prescriptible quand on l'assujettit à une convention, parce qu'elle est dénaturée et échangée en un droit formé et particulier ». Cette opinion ne saurait être retenue : la convention dont s'agit est surabondante, elle ne peut donc ni dénaturer, ni changer la nature du droit.

Ainsi le propriétaire qui abandonne les produits de la forêt aux habitants, avec cette réserve que « lui-même ou ses successeurs pourront prendre des arbres dudit bois, s'ils ont un moulin à scier », pourra toujours, quelle qu'ait été l'époque de construction du moulin, se pré-

1. Troplong, *Presc.* n° 128; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Presc.* 168; Dunod, *op. cit.*, p. 91.

valoir de cette clause, car l'établissement d'un moulin n'est que l'exercice du droit de propriété qui est imprescriptible¹.

2° Une autre exception est admise par la doctrine et la jurisprudence et ce, contrairement à l'opinion de Laurent. Quand les clauses de la convention procèdent de la nature ou de l'essence du contrat, elles peuvent, au contraire des clauses « accidentelles », être exercées tant que subsiste la convention dont elles sont inséparables.

Ainsi, la faculté d'achat, stipulée comme garantie et condition d'une cession de jouissance, subsiste et ne saurait être atteinte par la prescription, tant que dure le droit de jouissance dont elle constitue un élément indivisible².

De même, la réserve établie par celui qui s'est soumis à une servitude de passage, de s'en affranchir par l'établissement d'un chemin placé ailleurs, constitue une condition inhérente à l'établissement de la servitude; elle forme donc un élément indivisible du contrat³. De même enfin, lorsque dans un contrat de constitution de rente perpétuelle, le créancier a stipulé qu'il pourrait, en tout temps, exiger ou une hypothèque ou le remboursement du capital de la rente, tant que le contrat de rente n'est pas prescrit, son droit subsiste, parce que « l'obligation de rembourser ou de donner hypothèque est dans la nature du contrat; la clause

1. Laurent, t. XXXII, n° 234; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Presc.*, n° 167 et auteurs cités.

2. Cass., 9 juillet 1883, S. 85-I-415.

3. Cass., 10 décembre 1900, S. 1902-I-139.

« fait ici encore partie inhérente et indivisible » de la convention¹.

3^o Lorsque, comme dit Troplong (n^o 130); la « faculté consiste dans le choix de moyens alternatifs de payer une dette annuelle », le paiement continué pendant 30 ans d'une des choses dues alternativement, n'empêche pas, au bout de ce temps, d'opter pour l'autre mode de paiement.

Ainsi, la demoiselle Boitouset avait chargé son héritier de payer annuellement deux cents livres pour être employées à vêtir un certain nombre de pauvres, jusqu'à ce que l'on trouvât des héritages de la valeur de 4.000 livres pour placer le capital de cette fondation. Ce n'est que 100 ans après la date du décès que l'héritier offrit l'héritage en remplacement de la rente; son offre, qui donna lieu à contestation, fut déclarée bonne et valable par le Parlement de Besançon, par arrêt du 28 janvier 1726 : l'héritier était, en effet, en droit d'éteindre sa dette de la manière déterminée par la convention². Chaque année, l'héritier avait opté, il avait usé de son droit, en préférant une chose à l'autre. Comment pourrait-on soutenir qu'il avait laissé courir la prescription à son encontre ?

Le même raisonnement doit être fait à propos du débiteur qui, tenu au paiement d'une dette alternative à son choix, se libère chaque année de la manière qu'il l'entend.

4^o Une quatrième exception a lieu lorsque la faculté

1. Troplong, *Prescrip.*, n^o 127; Bruxelles, 10 décembre 1812, J. G. *Presc. civ.*, n^o 166.

2. V. arrêt Parlement Toulouse, rapporté par Maynard, du 13 janvier 1473, t. I, livre IV, chap. 53, p. 289.

a été créée, par convention, « à perpétuité et pour l'intérêt d'une communauté d'habitants ». Attachée à la seule qualité d'habitant, donnée dans l'intérêt de tous, elle constitue un avantage à la fois commun et permanent. La prescription acquisitive de l'un quelconque des habitants, à l'encontre des autres, ne saurait donc être invoquée pour lui créer un droit exclusif, et la prescription extinctive ne saurait intervenir pour éteindre et paralyser le droit d'un quelconque des bénéficiaires, car elle serait contraire à la fois au but de la concession et à l'égalité qui doit subsister entre habitants sur ce point. Cette perpétuité est même, si l'on peut dire, de l'essence de la concession. Cette solution doit être appliquée, en particulier, aux droits d'usage qui peuvent être concédés aux habitants d'une commune¹.

5° Enfin, on ne saurait invoquer la prescription pour se prévaloir d'une clause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Ainsi, comme disait Dunod, la convention usuraire étant illicite « et ne pouvant avoir son effet sans péché », ne peut être autorisée par un laps de temps; « l'on n'ad-juge pas les intérêts d'un contrat dont il n'est pas permis d'en tirer au-delà de ce qui est réglé par les Ordonnances, quand même on en serait en possession de cent et deux cents ans;... le temps augmente la faute au lieu de la diminuer ».

Pour l'avenir, il faudra donc réduire l'intérêt à ce qui est permis et, s'il est question du passé, la répétition des intérêts usuraires ou excessifs sera possible pour les 29 dernières années.

1. V. Troplong, *Presc.*, 131; C. Cass., 16 mai 1826, D. 26.1.303; v. Droits facultatifs, droit des habitants d'une commune, *infra*, p. 211.

Telles sont les principales exceptions qui doivent être apportées au principe de la prescriptibilité des droits conventionnels.

Dans quelques cas d'espèce, cependant, une certaine hésitation peut se faire sentir, et le doute est permis¹. C'est ainsi que la Cour de Bruxelles, le 30 novembre 1809, jugea que « lorsque une rente (constituée en 1771) au denier 25, l'avait été sous la condition expresse qu'après 6 ans à dater du contrat, le créancier pourrait l'exiger sur le pied du denier 20, le non-exercice, pendant plus de 30 ans (en l'espèce, en 1808), du droit que le rentier s'est réservé n'en opère pas l'extinction. L'exécution par le débiteur du contrat, au denier 25, « reportait les parties », disait la Cour, au moment où le contrat avait été passé. Mais c'est là une erreur visible. Le contrat subsistait, bien sans doute, mais il subsistait non pas dans son intégralité, mais seulement dans sa partie exécutée. Le silence gardé pendant 30 ans, par le créancier, équivalait, à n'en pas douter, à une remise de la clause aggravante.

Aux exceptions à la règle de la prescriptibilité des droits conventionnels que nous venons d'énumérer, on ajoute d'ordinaire, la « faculté » de rachat d'une rente perpétuelle, le droit de retirer le gage en payant, l'imprescriptibilité des droits éventuels ou conditionnels. Examinons ces diverses hypothèses :

1^o En ce qui concerne la faculté de rachat, l'art. 530 C. civ. dispose que toute rente à perpétuité, pour le prix de vente d'un immeuble ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immo-

1. J. G. *Presc. civ.*, 167; mais voir obs. J. G., *ibid.*; Troplong, *Prescript.*, 120.

bilier, est essentiellement rachetable. Toute stipulation contraire est nulle.

Le créancier peut d'ailleurs fixer librement les clauses et conditions du rachat et convenir, notamment, que la rente ne lui sera remboursée qu'après un certain temps, lequel ne peut cependant jamais excéder 30 ans.

L'art. 1911 C. civ. énonce encore : « la rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable ». Comme disait Dunod, « les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé ».

Ce rachat est facultatif; toutefois, le débiteur d'une rente perpétuelle peut y être contraint, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années, s'il ne fournit pas au prêteur les sûretés promises par le contrat. Enfin, la faillite rend le capital exigible.

Cette faculté de rachat est une faculté légale; elle ne dépend donc point seulement de la volonté des contractants. Elle s'impose, au contraire, aux parties qui ne peuvent y déroger. Réservée de plein droit, elle n'a donc pas à être formellement stipulée et, comme telle, elle ne saurait être envisagée comme une exception à la règle de la prescriptibilité des droits conventionnels¹.

2° Le droit de retirer le gage en payant est-il soumis à prescription ? La question fut très controversée. Il faut rappeler : 1° que le débiteur a toujours le droit et la liberté de payer; 2° que le créancier ne possède pas le gage comme maître et qu'il n'a donc point la possession

1. V. J. G., *Presc. civ.*, 166; sur tous ces points, v. Dunod, *op. cit.*, p. 90.

légitime; 3° qu'enfin, la stipulation que le gage donné serait acquis au prêteur, si l'argent emprunté n'était pas rendu dans un certain temps, pourrait donner lieu au délit d'usure (lorsque le taux maximum de l'intérêt conventionnel est légalement fixé), puisque le gage vaut presque toujours plus que la dette.

Pour ces différentes raisons, il faut admettre que le débiteur a toujours la faculté de retirer le gage en payant.

Mais si après avoir payé tout ce qu'il doit, il ne retire pas le gage, le créancier prescrira, la cause de sa possession étant changée. De même, l'on peut admettre que si, avant le paiement, il y a contradiction de la part du créancier, la prescription commencera à courir¹.

Ainsi, il y a donc une différence entre le « pacte de rachat » à perpétuité et le gage : L'un, « substantiellement et par lui-même » est imprescriptible; l'autre peut être prescrit quand la dette est payée. Le paiement de la dette sert de point de départ à la prescription; on ne saurait donc dire, en conséquence, qu'il y a là une véritable exception à la règle de la prescriptibilité des droits conventionnels. Les mêmes principes sont applicables à l'antichrèse, au nantissement et à l'action en restitution d'un objet confié en dépôt².

3° Les droits conditionnels, éventuels et à terme.

Les droits conditionnels, éventuels et à terme, sont soustraits à la prescription en raison du principe que la prescription ne court que du jour où le créancier a pu intenter sa demande. Ainsi, ce n'est pas par eux-

1. Sur le gage et effets du gage, Planiol et Ripert, *Traité prat. de Dr civ.*, Becqué, t. 12, p. 68 et suiv.

2. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2649.

mêmes que ces droits sont imprescriptibles, mais en vertu de la maxime « *contra non valentem agere, non currit præscriptio*¹ ».

Sommairement, nous dirons donc :

1. Quand l'action dépend de la réalisation d'une condition suspensive, la prescription ne court point jusqu'à ce que la condition arrive (art. 2257, al. 1). Il en est ainsi, notamment, de l'action en garantie (art. 2257, al. 2).

Cette solution traditionnelle donna lieu cependant à de vives controverses. On fit remarquer, en effet, que la stipulation, dans une convention, d'une condition suspensive qui ne se réaliserait jamais, serait dans bien des cas, un moyen indirect de tourner le principe en vertu duquel les parties ne peuvent créer des situations ou des droits imprescriptibles.

L'exemple suivant, cité par Troplong (I, n° 124), est typique à cet égard: Jean Puy de Montbrison avait vendu la seigneurie de Chazelle, avec stipulation que, dans le cas où Delmas viendrait à vendre cette propriété, Jean Puy ou les siens auraient la préférence et pourraient la retirer en payant le prix de 1.800 livres.

Delmas fils, n'ayant pu faire face à ses affaires, les créanciers de celui-ci saisirent le bien 60 ans après la conclusion du contrat. Puy intervint alors pour profiter de la faculté de retrait, disant « qu'il ne pouvait s'en servir qu'en cas que la chose fût vendue, et qu'il n'avait

1. Sur la distinction des droits conditionnels et éventuels, v. Planiol, *op. cit.*, II, n° 650; Laurent, *op. cit.*, 32, p. 47; Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 95 et suiv.; et surtout, articles de M. Demogue dans la *Revue trimestrielle*, 1905, p. 723 : Des Droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance; *Revue trimestrielle*, 1906 : *idem*, Nature et effets des droits éventuels, notamment, p. 311; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, I, p. 329, n° 111.

pu agir avant l'arrivée de la condition », tant et si longtemps que la terre était demeurée au profit de l'acquéreur; ce à quoi répondirent les créanciers : qu'« il n'y aurait plus jamais rien d'assuré, s'il lui était loisible de rentrer dans son héritage après un si long temps ». Jean Puy fut débouté de son opposition, mais ce fut, suivant Henrys et Bretonnier, par suite de circonstances particulières.

Troplong pense, contrairement à cette décision, que la prescription ne commence à courir que du jour de la réalisation de la condition; et il note, en même temps, que cet arrêt « est significatif puisqu'il reconnaît tacitement et applique, de façon même trop rigide, le principe de la prescriptibilité des droits conventionnels. »

Ce principe fut, par la suite, appliqué fréquemment par la jurisprudence qui l'admit de façon absolue¹. C'est ainsi, notamment, que la Cour de Cassation, en rappelant que « toute faculté conventionnelle » est prescriptible, a décidé, par un arrêt du 13 décembre 1863, que lorsqu'une convention contient le droit d'ouvrir des jours en deçà de la distance légale « pour le cas où l'on viendrait à construire », la prescription court du jour du contrat et non du jour où les constructions ont été élevées. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur cet arrêt².

Quant aux obligations soumises à une condition résolutoire, la prescription commence à courir contre elles dès le jour de la conclusion du contrat.

1. Agen, 23 janvier 1860, S. 60.2.317; Cass., 20 avril 1860, S. 61.I. 362. V. Limoges, 22 mars 1811, S. V. II, 2, 253.

2. S. 64-I-77. Sur la question de savoir si la condition affecte seulement la naissance du droit ou seulement son exercice, v. spécialement *infra*, III^e partie, chap. II, Droit conventionnel d'ouvrir des jours, p. 237 et suiv.

2. En ce qui concerne les droits à terme, la prescription ne commence à courir qu'à dater du jour de l'arrivée du terme, puisque le créancier ne saurait agir tant que sa créance n'est pas exigible (art. 2257, 3).

3. La même solution doit être donnée, *a fortiori*, en ce qui concerne les droits éventuels. Ceux-ci étant des droits auxquels manque une « condition intrinsèque » d'existence, étant une simple espérance, échappent à toute prescription, tant que l'espérance n'est pas réalisée, tant, comme l'on dit quelquefois, que le droit n'est pas devenu « pur et simple ».

Ainsi, en matière successorale, tant que le décès n'a pas eu lieu, l'héritier réservataire a, dit-on, un droit éventuel sur une succession future, mais la prescription de ses droits (notamment de son droit d'option) et de ses actions (notamment des actions en rapport, réduction, en nullité ou en révocation des legs ou donations faits au préjudice de ses droits par le défunt) ne court qu'à partir de l'ouverture de cette succession : aucune possession ne saurait, en effet, être opposée à un droit qui était, jusque-là, simplement « en germe ».

Ainsi donc, dans ces hypothèses, il n'est, en réalité, pas question de savoir si les droits conditionnels, éventuels, à terme sont prescriptibles ou imprescriptibles en eux-mêmes, *in se*, il s'agit uniquement de déterminer la date à partir de laquelle ils tombent dans le domaine de la prescription; on ne saurait donc les envisager comme autant d'exceptions à la règle de la prescriptibilité des droits conventionnels.

En conclusion, il faut admettre que les parties, par leur volonté seule, ne peuvent, en principe, créer par

convention des situations juridiques imprescriptibles¹. Les contrats engendrent seulement des droits et non des « facultés² ».

1. Les parties contractantes peuvent toutefois créer des situations permanentes (emphytéose, par exemple), mais celles-ci s'éteignent par non-usage pendant 30 ans. Dans certaines hypothèses, elles peuvent même créer des situations perpétuelles (v. substitutions permises, fondations, legs périodiques sans limitation de temps). Le législateur peut toujours les abolir ou les limiter à une durée plus brève pour des raisons d'ordre public.

2. Sur la distinction des facultés conventionnelles et des droits, v. Demogue, *Rev. trimest. Dr. civ.*, précité, 1906, p. 311 et suiv. La faculté conventionnelle, dit-il, « est un droit à une seule face ». Le créancier peut en user ou ne pas en user, le débiteur ne peut le forcer à en accepter l'exécution. Le droit ordinaire est, au contraire, « de sa nature bilatéral, en ce sens que pour le débiteur même, il y a un droit, celui d'exécuter l'obligation, d'en imposer l'exécution par des offres réelles, si cela lui plaît. C'est là toute la différence entre faculté conventionnelle et droit ordinaire ». Nous ne saurions admettre cette opinion. Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'exercice d'un droit n'est jamais obligatoire et l'on dispose de ses droits à son gré. Les offres réelles sont, pour le débiteur, simplement un moyen spécial de se libérer, de vaincre la mauvaise volonté du créancier, surtout lorsqu'il existe une contestation sur le montant de sa créance; elles aboutissent, en cas de refus du créancier d'en recevoir le montant, à une consignation qui pourra être validée par le Tribunal (v. art. 1257, suiv. C. civ.; 812, C. P. C.). Mais tant qu'elles ne sont pas validées ou acceptées le débiteur peut retirer la somme. Lorsqu'elles sont validées ou acceptées, ce retrait pourra avoir lieu avec l'autorisation du créancier. Dans ces conditions, on ne peut dire que le créancier soit « obligé de recevoir paiement malgré lui ».

CHAPITRE V

Nature des facultés

En ce qui concerne la nature des facultés, deux questions très délicates — et nécessitant d'assez longs développements — vont se poser dans les deux sections suivantes :

1° Les facultés sont-elles des droits ?

2° Les facultés sont-elles des droits acquis, c'est-à-dire une loi nouvelle pourrait-elle y porter atteinte sans être, pour cela, rétroactive ?

Section I

LES FACULTES ET LES DROITS

Certains auteurs, après avoir remarqué et énoncé que tout droit est facultatif (en ce sens que son titulaire n'est jamais tenu de l'exercer, sinon par crainte de la prescription ou de la forclusion¹) ont essayé de distinguer la « faculté » (prérogative générale) du « droit » (droit formé et concrétisé). Nous ferons d'abord la critique des opinions de quelques auteurs; nous exposerons ensuite notre opinion personnelle.

1. V. *infra*, III^e partie, Droits facultatifs, et *supra* livre I, chap. 2, p. 59 et 60.

§ A) Critique des opinions de quelques auteurs.

Pour différencier le droit de la faculté, certains auteurs, nous l'avons vu dans l'exposé de la Doctrine¹, pensaient que la faculté serait de fait et non de droit, tandis que d'autres la considéraient comme de droit commun, et que d'autres enfin l'envisageaient comme un droit « en puissance, une potentialité de droit ».

1^o La faculté est-elle « de fait et non de droit » ?

La faculté est de fait — *facti et non juris* —, disaient les premiers, parce que l'exercice d'une faculté ne présuppose pas d'action propre, tandis que l'exercice d'un droit nécessite ou suppose, du moins, la mise en œuvre d'une action particulière. Le créancier, dont le débiteur se refuse à payer, pour obtenir l'effet de son droit, doit obtenir condamnation; au contraire, le propriétaire à qui son voisin signifie de ne pas bâtir, peut passer outre et bâtir quand même, sans avoir recours à une action; et c'est précisément à raison de cette différence que la faculté serait imprescriptible.

L'hypothèse envisagée n'est rien d'autre, à notre avis, que la comparaison entre l'exercice du droit réel et celui du droit de créance et, au surplus, les deux termes de cette comparaison ne nous paraissent pas judicieusement choisis, pour la raison que les deux situations comparées ne sont pas identiques, puisque, dans le premier cas, c'est le débiteur qui a en mains la matière, l'objet du droit du créancier, tandis que, dans le second, c'est le propriétaire qui a entre ses propres mains l'objet

1. V. *supra*, exposé des Doctrines, notamment Dunod, Troplong, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Tissier, etc., livre I, p. 27 à 37.

matériel sur lequel s'exerce son droit. Si, au contraire, on envisageait le cas où un riverain empêche un autre riverain de passer sur un chemin public, on remarquerait que, pour faire cesser la contradiction apportée à la « faculté » de passage, l'exercice d'une action peut s'imposer. De même, la faculté de demander le bornage ou le partage en tout temps suppose bien, elle aussi, l'exercice d'une action contre un tiers.

A l'inverse, l'exercice de tout droit ne suppose nécessairement pas la mise en œuvre d'une action. Ainsi la compensation légale s'opère de plein droit, par la seule force de la loi (art. 1290), elle n'a même pas besoin d'être connue ou voulue par les parties.

P r suite de l'insuffisance de ce critérium, les auteurs recherchèrent donc une autre distinction entre le droit et la faculté. La faculté s'exercerait seulement sur nos choses et sur nous-mêmes, le droit s'exercerait à l'encontre des tiers¹.

Cette constatation paraît résulter d'une analyse insuffisante. Les facultés, comme les droits, peuvent bien s'exercer contre les tiers; ainsi la faculté de demander le bornage et celle d'acquérir la mitoyenneté supposent la mise en cause des voisins, de même que celle de demander le partage s'exerce contre les cohéritiers ou copropriétaires. On ne saurait donc adopter ce critérium qui se révèle comme le résultat d'une distinction arbitraire et sujette à de nombreuses exceptions. Notre activité juridique, quelle qu'en soit la source, se manifeste toujours, au surplus, par des actes qui, s'ils ne s'exercent pas directement contre les tiers, ne sauraient cependant lui être totalement indifférents ou étrangers.

1. V. Troplong, opinion exposée précédemment, p. 27 et suiv.

Il serait de même insuffisant de dire que la faculté est de fait et non de droit (*facti et non juris*), en voulant montrer par là que la faculté est antérieure à tout *commercium*, par opposition au droit qui naîtrait uniquement du commerce juridique, puisqu'il y a des droits qui naissent de la loi seule, qui sont donc, eux aussi, en dehors de tout *negotium* et qui cependant sont prescriptibles.

A notre avis, la distinction entre faculté et « droit formé et concrétisé » ne peut être donnée en quelques mots, par une simple formule.

Il est bien certain, en effet, que la faculté peut être facilement opposée au droit conventionnel. Pour devenir titulaire d'un droit conventionnel, il faut que nous manifestations notre volonté; la date de l'acquisition de notre droit est, sauf clauses expresses, celle de la conclusion du contrat. Nous cherchons à obtenir quelque chose de quelqu'un ou à l'empêcher de faire quelque chose. Nous sortons du « droit commun; nous limitons la liberté d'autrui à notre profit »; aussi n'avons-nous à son rencontre, qu'une prérogative particulière et temporaire, garantie par une action qui s'éteindra par 30 ans. Nous ne saurions mettre notre débiteur dans un état de dépendance perpétuelle à notre égard : la prescription extinctive jouera comme moyen de contrainte indirecte à l'encontre de notre droit.

Mais la faculté s'oppose-t-elle avec autant d'évidence aux droits dérivant de la loi, dont la loi est la source ? Serait-il suffisant de dire, comme on l'a fait, pour les comparer, que le droit est particulier, « dérogaire à la règle commune », tandis que la faculté est de « droit commun ? » Nous ne le pensons pas. Tout bénéfice accordé par la loi, qu'il soit prescriptible ou non, n'est-il

pas, en effet, général, impersonnel et de « droit commun », en ce sens qu'il est attribué non pas à une personne en particulier, mais à tout individu placé dans une situation identique ? Ainsi, la loi accorde à tout homme marié la possibilité de désavouer l'enfant (ce qui est un droit sujet à forclusion), au même titre qu'à tout héritier, le droit de renoncer à la succession (ce qui est un droit sujet à prescription) et qu'à tout propriétaire la possibilité de bâtir (ce qui est une faculté). Aucune différence de nature ne sépare ces trois hypothèses; il est donc insuffisant et faux d'opposer le « droit » qui protégerait une situation particulière et la faculté qui serait de droit commun, puisque les droits nés de la loi sont, eux aussi, de droit commun et d'ordre général.

La seule formule qui soit susceptible de donner satisfaction, en ce qui concerne la nature des facultés, et d'expliquer les raisons de leur imprescriptibilité, est celle de MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier. Si la faculté est imprescriptible, disent ces auteurs, ce n'est pas seulement parce qu'elle est de droit commun, c'est parce qu'elle réside dans un titre qui se renouvelle chaque jour, qui garantit, soit une situation générale, commune à tous ou à plusieurs, soit des besoins permanents et renouvelables, tandis que le droit est donné à l'occasion d'un fait ou d'une situation passagère, d'un événement non renouvelable. Ainsi la faculté est donc : 1° un droit, de droit commun; 2° un droit garantissant des besoins permanents, renouvelables. C'est la définition que nous avons adoptée.

Encore est-il vrai de dire que cette formule ne donne point entière satisfaction, si l'on approfondit davantage. Pourquoi, en effet, ne pourrait-on dire que la qualité

d'héritier ne se renouvelle pas chaque jour, ou que l'illégitimité d'un enfant n'est pas un fait constant, inhérent à sa personne ? Et pourtant ces deux situations sont sujettes l'une à prescription, l'autre à déchéance. On peut, sans doute, invoquer des raisons d'ordre général, d'intérêt public ; il n'en est pas moins vrai que la formule présentée paraît subir, pour le moins, un certain nombre d'exceptions et qu'il est nécessaire de l'accepter seulement sous bénéfice de ces dernières observations.

II. La faculté est-elle un « avant-droit », un droit en puissance ?

C'est en se plaçant à un point de vue différent que d'autres auteurs envisagèrent la distinction du droit et de la faculté.

Ils déclarèrent : « Tout bénéfice que nous accorde la loi n'est pas un droit : c'est une faculté. Il n'y a droit que lorsque l'individu a manifesté sa volonté d'accepter ce bénéfice légal, auparavant il n'y a qu'un pouvoir de vouloir, c'est-à-dire une faculté ». Telle est notamment l'opinion de Savigny, Lassalle et Duguit.

Pour Savigny, c'est du simple arbitre de notre personne que dépendrait la naissance effective du droit (cité par Bolchini, *op. cit.*, p. 81).

Lassalle¹ énonce de même qu'un droit ne s'acquiert que par une action individuelle. Il n'y aurait de droit qu'à dater du moment où l'individu, par une manifestation éclairée de son vouloir, a établi une relation

1. Ch. Andler, préface à F. Lassalle, *Tr. systématique des droits acquis*; trad. franç. par Bernard, Paris, 1904, I, p. 20 et 73.

entre lui-même et ce qui fait l'objet de son droit. Et les droits que la loi, comme telle, confère à l'individu, ceux à l'acquisition desquels sa volonté n'a aucune part, ne sont que des qualités générales, et des facultés générales, qui n'existent que par les lois qui les concèdent ».

Le droit subjectif existerait donc seulement au moment où l'individu s'emparerait du bénéfice légal.

La même thèse est soutenue par Duguit¹. On ne saurait affirmer, dit-il, comme le fait l'Ecole du Droit naturel « que l'homme, par le fait de sa naissance, est investi de certains pouvoirs effectifs qui seraient des droits subjectifs, se fixant sur « la tête de chaque individu, en vertu d'une force supérieure et transcendante, par suite de sa seule qualité d'homme », et engendrant l'obligation correspondante, également subjective, pour tout homme de les respecter, avant même qu'il eût fait acte de volonté individuelle.

« Cette conception du droit subjectif *a priori* doit être rejetée » « La loi positive, ajoute-t-il », ne confère jamais de droits subjectifs; elle donne simplement « à « l'homme un certain pouvoir, celui de vouloir certaines « choses avec certains effets; comme disait Jellineck, « l'homme a un *Wollendürfen*, mais non un *Können*. « C'est un pouvoir objectif (*Befugniss*) ne se rattachant « pas au caractère propre du sujet, mais à la règle objective qui s'impose à ce sujet ». Ainsi, la loi conférerait à l'héritier un pouvoir de vouloir : mais c'est seulement son acceptation qui créerait la « situation juridique subjective ». De même Laurent affirmait que « les facul-

1. *Etat*, p. 138, suiv. et *passim*.

tés de la loi » ne deviennent des droits que lorsqu'elles sont exercées¹.

Pour n'être pas aussi affirmative que l'opinion de Duguit, celle de Modica n'en aboutit pas moins à envisager le bénéfice légal, non encore accepté, comme un « avant-droit », un droit au droit, si l'on peut dire.

« Les *facultés* légales ne sont pas des « droits », dit-il, ce sont des « possibilités de droit découlant de la loi, lesquelles se transformeront, par la volonté de la personne, en véritables droits; ce sont des germes de droits qui, par le fait acquisitif, produiront de véritables droits ». Il y aurait donc deux stades : « le droit en puissance et le droit subjectif, le droit abstrait et le droit concret, la faculté de la loi et le droit acquis ». Dans le premier stade, il ne se concrétise pas; dans le second, il se spécifie dans une personne déterminée, en entrant dans le patrimoine individuel².

Laurent disait de même que la faculté était un droit en disponibilité, et Gabba, plus clairement encore, ajoutait : « Les simples possibilités ou les *facultés* abstraites juridiques seront de simples expectatives, elles ne seront pas des droits acquis »³.

A l'inverse de ces opinions, il faut citer notamment celle de M. Capitant⁴. Il y a bien, sans doute, « entre la

1. Non rétroactivité des lois, I, § 198; v. Duguit, *Etat, Droit objectif*, p. 196. L'acte juridique; p. 197, 199, rôle de la volonté se manifestant comme condition d'application d'une règle objective; p. 172, Critique du mot « droit subjectif » et de « rapport de droit subjectif ».

2. La manifestation de volonté, écrit-il par la suite, est un élément essentiel de la possession, parce que le droit n'est pas un rapport idéal, mais un rapport réel, effectif, entre membres de la société; il est indispensable qu'un signe extérieur rende notoire, à la connaissance de tous, l'intention de l'individu d'exercer son pouvoir sur une chose déterminée (*Il circolo giuridico*, 1900, p. 57).

3. *Teoria della Retr. delle leggi*, II, Edz I, vol. V, édit. stec., p. 254 et suiv., 259.

4. *Introduction à l'Etude du Droit civil*, Paris, 1904, p. 171.

volonté et le droit subjectif, un lien étroit », écrit cet auteur, « et le droit ne peut être exercé que par un individu conscient de ses actes, car il constitue un pouvoir et, pour pouvoir, il faut vouloir, mais la manifestation de volonté n'intervient qu'au moment de la mise en mouvement du droit et non au moment de son acquisition ».

Bolchini¹ déclarait de même que tout bénéfice accordé par la loi, en dehors de toute manifestation de volonté, était un droit véritable.

§ B) *La faculté est un droit véritable et imprescriptible.*

Après avoir décidé, ainsi que nous l'avons fait, avec MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier que la faculté est de droit commun et qu'elle protège un droit ou une situation juridique se renouvelant chaque jour, quel parti faut-il maintenant prendre dans ces dernières discussions ? Faut-il, en premier lieu, déclarer que tout bénéfice légal est une faculté ; faut-il, en second lieu, faire de la faculté soit un avant-droit, soit un état intermédiaire entre le droit et la simple expectative ?

Premier point. — Nous ne pensons pas, malgré l'avis autorisé des auteurs cités, que tout bénéfice légal, prescriptible ou non, puisse être qualifié du terme de « faculté ».

On ne saurait admettre, en effet, que dans le cas où le bénéficiaire d'une disposition légale est obligé de s'en

1. *Op. cit.*, p. 76.

prévaloir à bref délai, à peine de forclusion, il y ait en réalité deux droits, l'un limité et temporaire (la faculté), l'autre, illimité (le droit proprement dit); ce dernier ne s'acquérant que par suite de l'usage du premier.

C'est là une distinction aussi subtile qu'inutile. Le droit, comme dit Modica¹, est « unique et le dédoublement n'est qu'un effet de l'esprit, une subtilité métaphysique sur laquelle il n'est pas prudent d'ériger une théorie juridique ».

Si cet argument ne paraissait point pertinent, on pourrait, en second lieu, faire remarquer que tout bénéfice légal « temporaire qui se transforme en droit » n'est pas une faculté, pour la raison que le terme « faculté » éveille l'idée d'un droit imprescriptible, dont la possibilité d'exercice est indéfiniment garantie, et que le concept de déchéance est précisément antithétique de celui de faculté.

Il est donc plus simple et plus rationnel de dire que tout bénéfice légal sujet à prescription est une concession de la loi, un droit qui doit être acquis ou exercé dans un certain délai, sous peine de disparaître.

Deuxième point. — La faculté est-elle un « avant-droit », un état intermédiaire entre le droit et la simple expectative ?

Nous ne discuterons pas ici le point de savoir s'il peut y avoir droit subjectif avant toute manifestation de volonté ou si, au contraire, la naissance de ce droit subjectif nécessite toujours une manifestation de volonté. Cette question sera résolue dans la III^e partie de ce travail.

1. *Teoria della decadenza*, n° 190, p. 231.

Nous admettons, provisoirement du moins, que l'acquisition de droits découle, selon les hypothèses, soit de la réalisation de faits juridiques indépendants de la volonté, soit de l'accomplissement d'actes juridiques qui sont, au contraire, la manifestation extérieure de celle-ci; et nous nous demandons dès lors, s'il est nécessaire de dire que, tant que le fait ou l'acte juridique n'a pas été réalisé ou accompli l'individu, a un « droit abstrait », une possibilité de droit.

Et d'abord qu'est-ce qu'un « droit abstrait » ? Par cette expression, certains auteurs entendent le pouvoir idéal, en quelque sorte, contenu au profit d'un individu indéterminé (ou plus exactement de tous individus) dans une disposition légale non encore appropriée ou revendiquée. Ce serait, pour ainsi dire, du droit *inerte*, ne reposant, en fait, sur la tête d'aucune personne, mais susceptible de reposer sur la tête de tous.

Cette expression, selon nous, doit être rejetée. Ce « droit abstrait » dont il s'agit n'est pas autre chose, au fond, que le « droit objectif », terme qui est couramment admis. Le droit objectif est, en effet, l'ensemble des dispositions légales qui déterminent, abstraitement et à l'égard de tous, les modes et les conséquences possibles de l'activité humaine. C'est le cadre général où la vie juridique de chacun peut évoluer, à l'occasion de circonstances déterminées. Le droit objectif est du « droit abstrait », puisqu'il est conçu par le législateur une fois pour toutes et pour l'usage de tous, indépendamment du nombre des individus qui, par la suite, sont appelés à en devenir bénéficiaires.

Mais, tant que l'acte ou l'événement juridique ne s'est pas produit, l'individu n'a pas de « droit », puisque

le droit éveille l'idée de lien, de rapport, d'obligation corrélatrice, et que ce lien ou cette obligation ne naissent précisément qu'au moment de la réalisation de cet acte ou de ce fait juridique; jusque-là, il ne peut avoir qu'une possibilité, une espérance de droit subjectif, et non pas un « droit abstrait ».

Ainsi, tant que l'intéressé n'a pas formé sa demande de naturalisation, il n'a droit à rien, sinon qu'à l'espérance de pouvoir, le cas échéant, dans les délais fixés et la législation restant la même, revendiquer un bénéfice légal. De même, l'héritier réservataire, avant l'ouverture de la succession, n'a pas de droit sur celle-ci; il n'a qu'une simple expectative, il ne possède qu'un espoir, celui de pouvoir devenir propriétaire d'une fraction des biens héréditaires, à supposer toutefois que son « droit » réservataire (sa vocation) ne soit point, dans l'intervalle, modifié ou supprimé par une loi nouvelle. De même enfin, avant que le préjudice n'ait été subi, la victime, bénéficiaire de l'article 1382, n'a aucun droit « abstrait »; son droit naît pur et simple, seulement le jour où le dommage a été causé.

On pourrait objecter, il est vrai, dans ces hypothèses, que les tiers cependant, doivent respecter soit le pouvoir de l'étranger de demander sa naturalisation, soit la vocation héréditaire, et que ce respect ne s'explique que parce qu'il y a vraiment « droit » de l'étranger non encore naturalisé ou de l'héritier éventuel, et que, s'il n'y avait pas droit, il n'y aurait pas obligation au respect. Mais cette objection n'est pas fondée. Cette obligation des tiers, qualifiée souvent du nom de « devoir de non-immixtion ou non-intrusion », repose, à notre avis, sur le principe qu'on ne doit pas nuire inutilement

à autrui. Elle a pour base le respect, non pas d'un droit spécial, mais de la liberté individuelle et de la possibilité d'acquisition des biens et droits nouveaux par autrui.

Aussi, dans les cas d'espèce que nous venons de citer, est-il inutile de faire appel à la notion « d'avant-droit » et de droit abstrait. La comparaison suivante confirmera notre façon de voir. Supposons qu'un acheteur, disposant d'une certaine somme, pénètre dans un grand magasin. Un catalogue lui est remis, ainsi qu'à tout venant, dans lequel sont soigneusement énumérés, classifiés, répertoriés, toutes les marchandises et tous les objets qui sont en vente, ainsi que les conditions générales d'achat. Pourrait-on dire que du fait que cet individu a pénétré dans le magasin, qu'il possède un certain pouvoir d'achat, qu'il connaît les conditions et prix de vente de tous les objets, qu'il a l'intention d'acheter quelque chose, pourrait-on dire qu'il a, de ce fait, un droit objectif, un droit abstrait, un avant-droit sur toutes choses ? Ce serait absurde. Il n'aura jamais l'occasion de tout acheter et il n'a, d'ailleurs, qu'un pouvoir d'achat restreint. Tant qu'il ne s'est pas décidé pour un objet, qu'il ne l'a pas payé, il a le droit de tout acquérir, mais il n'a encore de droit sur rien.

Le Code est le Catalogue dont nous parlons; tous les droits possibles et toutes les conditions de leur acquisition y sont fixés et déterminés. Mais aucune des dispositions qu'il contient ne crée de *droit abstrait* spécialement à notre profit. Comme l'acheteur, nous n'avons qu'un champ d'action limité et certaines de ses dispositions resteront toujours lettre-morte pour nous, parce que nous n'aurons pas voulu ou pas pu réaliser les condi-

tions qu'elles imposent. Comme l'acheteur, nous possédons seulement un pouvoir général qui nous permettra d'acquérir des biens et des droits nouveaux dans le cadre de la loi, mais nous n'acquerrons pas tous les droits énumérés par les textes. Tant que l'événement juridique ne sera pas réalisé, il n'y aura pas droit pour nous, mais seulement une règle légale objective, une disposition abstraite, dont le respect s'impose à tous et que, le moment venu, nous serons fondés à invoquer.

Il n'y a donc pas lieu, pour toutes ces raisons, de distinguer entre le droit et l'avant-droit, de décider que tout bénéfice légal non encore accepté est une faculté par opposition à droit accepté et revendiqué. Il suffit, à notre avis, d'opposer les dispositions légales, qui sont un cadre abstrait (droit objectif) et les droits subjectifs qui supposent, au contraire, un titulaire déterminé, ou du moins essentiellement déterminable.

Section II

LES FACULTES ET LES DROITS ACQUIS

Mais lorsque le titulaire d'un droit ou d'une faculté est déterminé, c'est-à-dire lorsque le fait ou l'acte juridique donnant naissance au droit a été réalisé, peut-on dire que l'attribution à lui faite, est définitive et irrévocable ? Peut-on dire, en d'autres termes, qu'une loi nouvelle qui, à moins de dispositions formelles contraires, doit recevoir application immédiate du jour de sa promulgation, doit cependant respecter, non seulement dans son existence même, mais encore dans son contenu, la situation juridique antérieurement créée ou

formée et ne peut, de ce fait, porter atteinte aux effets qui n'en seraient pas encore réalisés ? Faut-il admettre, au contraire, que la loi nouvelle est, sinon de façon absolue, du moins dans une certaine mesure, applicable à cette situation juridique ?

Pour résoudre ce problème, une distinction a été opérée entre les droits acquis et les simples expectatives, les premiers étant, en quelque sorte, une conséquence nécessaire, une suite logique de la réalisation d'un fait ou d'un acte juridique, les seconds n'en étant, au contraire, qu'une conséquence possible, mais non nécessaire.

Mais cette théorie, longtemps incontestée, est aujourd'hui, depuis la critique de M. Vareille-Sommières¹, abandonnée par les auteurs les plus récents qui reprochent à ses partisans² de ne point fournir de définition du droit acquis, et de se borner à constater les résultats, sans expliquer les raisons pour lesquelles la loi nou-

1. *Rev. critique*, 1893, p. 444.

2. Parmi les partisans de la doctrine des droits acquis, on peut citer Blondeau, 1826, *Thémis*, t. VII; Laurent : « les facultés de la loi ne deviennent des droits que lorsqu'elles sont exercées » (*Non rétroactivité des lois*, vol. I, § 198; *Principes*, t. I, n^{os} 153, 161). Pour Bianci, au contraire, (cité par Bolchini, *op. cit.*, p. 70 et suiv.), il peut y avoir droits acquis avant leur exercice; Demolombe : « le droit acquis est un avantage que nous possédons déjà et que personne ne peut nous ravir » (*Cours du Code Napoléon*, t. I); Valette : « le droit acquis serait une forte attente, l'expectative une faible attente » (notes sur le *Traité des personnes* de Proudhon); Aubry et Rau (§ 30, *Introduct.*, p. 99, édit. 1897) : « Pour savoir ce qu'il faut entendre par droits acquis, il faut distinguer entre rapports de nationalité et de parenté... et les facultés ou avantages qui se rapportent au patrimoine, en sous-distinguant ceux qui dérivent directement de la loi, et ceux qui prennent naissance dans un fait de l'homme ».

Sur tous ces points, v. Savigny, *Traité de Droit romain modernisé*, traduct. Guénoux, Paris, Firmin Didot, 1860; Huc, *Commentaire*, t. I, n^o 60; Bonnecase, *Supplément au Traité théor. et pratique de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, Paris, 1925, Sirey, t. II; Lassalle, *Théorie des droits acquis et conflits de lois*, trad. française, Giard, 1904, p. 99, 206 et suiv., 473; Affolter, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, Leipzig, 1903.

velle peut bien porter atteinte aux simples expectatives, mais non aux droits acquis¹.

Aussi, est-ce sous un autre aspect, que le problème de la rétroactivité des lois, fut examiné par certains publicistes. Pour MM. Duguit et Jèze, notamment, les nombreuses difficultés de la matière ne se seraient pas élevées si l'on avait distingué entre les situations juridiques individuelles ou subjectives (situation d'acheteur, de vendeur, par exemple). et les situations légales ou objectives (situation d'époux, de propriétaire, par exemple). De l'avis de M. Jèze, la situation juridique individuelle est particulière, temporaire, susceptible de renonciation : en conséquence, la loi ne peut porter atteinte à son contenu, puisque la loi est abstraite et générale et qu'il s'agit ici d'un contenu concret et individuel; la situation légale, au contraire, est générale, commune à tous, permanente, non-susceptible de renonciation; elle est donc essentiellement modifiable par la loi, puisque c'est elle qui l'a créée et non pas les particuliers².

Cette théorie séduisante, à première vue, donne cependant prise, à l'analyse, à de nombreuses objections.

Il convient, en premier lieu, de remarquer que les différences signalées par M. Jèze entre les deux situations juridiques ne sont point toutes d'une rigoureuse exactitude. Ainsi, il n'est pas exact de dire que l'on ne puisse renoncer à une situation légale, puisque la renonciation à un usufruit légal, à une hypothèque légale peut être

1. Rejettent la théorie des droits acquis, parmi les civilistes contemporains : Planiol et Ripert, *Traité élém. de Dr. civ.*, I, n° 243; Colin et Capitant, *Cours de Dr. civ. franc.*, Paris, 5^e éd., 1927, I, p. 47 et suiv.; Chironi et Abello, *Traité de dir. civ. ital.*, Turin, Bocca, 1904, I, p. 81, 97; Hémard, *Précis de Dr. civ.*, I, 33.

2. L. Duguit, *L'Etat, le Droit objectif*, p. 224 et suiv., 586 et suiv.; *Traité de Droit const.*, II, § 21, V, §§ 16, 26; G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2^e éd., 1914, p. 10 et suiv.; *Cours de Droit public*, 1921, p. 111 et suiv.; *Revue de Droit public*, 1924, p. 157 et suiv.

valablement consentie. Il n'est pas exact, non plus, de dire que toute situation légale est permanente puisque les unes sont soumises à prescription et que certaines autres épuisent leurs effets *unico momento*, tandis qu'à l'inverse, certaines situations juridiques subjectives s'échelonnent sur une longue période de temps (emphytéose). Il n'est pas exact, enfin, de dire que les situations juridiques objectives dérivent directement de la loi, puisque, pour se concrétiser et se constituer au profit d'un individu, elles nécessitent la réalisation d'un fait ou d'un acte juridique et que, à dater de cette réalisation, il n'y a plus, à notre avis, situation juridique objective (droit objectif), mais situation juridique tout court (droit subjectif).

Et, au surplus, dans quel domaine la manifestation de volonté peut-elle fixer librement le contenu des conventions, c'est-à-dire créer des situations juridiques, dites subjectives ? Ce n'est assurément pas en matière de droits réels ou de droits de famille, mais seulement en matière d'obligation. Ainsi, la distinction de MM. Duguit et Jéze, entre les deux situations juridiques aboutirait, au fond, à la simple opposition du droit d'obligation et de tous les autres droits. Or cette opposition, elle-même, au point de vue de la seule origine des droits, ne peut être admise puisqu'il y a des droits de créance qui naissent non pas de la volonté individuelle, mais de la loi, à l'occasion d'un fait indépendant de notre volonté (créance de la victime de l'art. 1382; créance de l'ouvrier accidenté, Cass. 17 avril 1926, D.H. 26, 333).

Enfin il faut noter que, contrairement à ce que l'on pourrait croire, la distinction opérée par ces auteurs

entre ces deux situations juridiques l'une, objective, étant soumise à la loi nouvelle, l'autre, subjective, n'y étant pas soumise, ne correspond nullement à la règle admise par la doctrine et la jurisprudence que les lois nouvelles n'ont point d'effet sur les contrats en cours, par opposition à toutes les situations juridiques dérivant d'une autre source. Ce qui, aux yeux de MM. Duguit et Jèze, constitue une situation juridique individuelle n'est point son origine mais son étendue : « si elle est intangible ce n'est pas parce qu'elle dérive d'un contrat, mais parce que son *étendue* a été déterminée par un acte intellectuel... émanant d'un particulier ou d'un agent public ou d'un acte juridictionnel¹ ». Si ces idées étaient admises, il faudrait en conclure, à titre d'exemple, que si une loi nouvelle ne peut porter atteinte aux clauses d'un contrat de bail en cours, dont le contenu a été déterminé librement par les parties (prestations dues, prix du loyer) elle serait, au contraire, applicable à la construction même de ce contrat et aux dispositions légales, supplétives de la volonté formelle des parties, puisque, dans ces deux hypothèses, la loi ancienne n'a pu que disposer de façon abstraite, générale, permanente et commune à tous et n'a pas été qualifiée, de ce fait, pour engendrer une « situation juridique subjective individuelle et concrète », mais seulement une « situation objective », donc modifiable et révisable par une loi nouvelle. C'est là une conséquence logique des opinions de MM. Jèze et Duguit, qui ne pourrait être sérieusement soutenue.

Pour déterminer dans quelle mesure une loi nouvelle

1. *Droit const.*, V, § 26, p. 308 et suiv.

peut porter atteinte à une situation juridique en cours soit de réalisation, soit d'exercice, il est donc nécessaire, puisque nous repoussons à la fois la théorie des droits acquis et celle de M. Jèze, de faire appel à d'autres notions. Ces notions (qui présentent un si fort intérêt que nous ne pouvons les passer sous silence), nous les trouvons clairement exposées, remarquablement enchaînées et fort bien déduites dans un récent ouvrage de Roubier, à qui nous empruntons les idées qui vont suivre, en les résumant de la façon la plus concise possible¹.

Lorsque l'on étudie le problème des conflits de lois dans le temps, il convient, en premier lieu, déclare cet auteur, de distinguer entre l'effet rétroactif de la loi et son effet immédiat : l'un est exceptionnel (art. 2), l'autre est de droit commun (art. 1), l'un est l'application dans le passé, l'autre est l'application dans le présent. « Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis (*facta præterita*) elle est rétroactive, si elle prétend s'appliquer à des effets en cours (*facta pendencia*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date de changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat ». C'est là une distinction de toute première importance, et qui, cependant, n'a pas été aperçue par de nombreux auteurs.

Une autre distinction capitale doit être faite, en second lieu, en ce qui concerne le développement des

1. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, t. I, Sirey, 1929. V. notamment p. 1 à 65; 310 à 368; 368 à 429; 544 à 616.

moments successifs des situations juridiques; car, dans chacune d'elles, « il y a une phase dynamique, qui correspond au moment de sa constitution (ou de son extinction) et une phase statique, qui correspond au moment où cette situation produit ses effets ». Aussi, y a-t-il, en réalité, deux catégories de lois : les lois statiques et les lois dynamiques, les premières régissant la constitution ou l'extinction des situations juridiques, les secondes réglementant les effets.

C'est à l'étude de ces diverses catégories de lois que nous allons maintenant nous attacher, en adoptant la méthode suivie par M. Roubier.

1° *Lois relatives à la création ou à l'extinction d'une situation juridique.* — En ce qui concerne ces lois, trois principes doivent être retenus :

1° Les lois qui gouvernent la constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique ne peuvent porter atteinte, sans rétroactivité, aux situations juridiques déjà constituées ou éteintes. Ainsi, une loi nouvelle, augmentant le délai nécessaire pour la prescription, ne peut rien contre des prescriptions achevées, à moins d'être rétroactive.

2° En face d'une situation juridique en cours de constitution ou d'extinction, « les lois qui gouvernent la constitution ou l'extinction d'une situation juridique ne peuvent, sans rétroactivité, atteindre les éléments déjà existants qui font partie de (ou font obstacle à) cette constitution ou extinction, en tant qu'ils ont une valeur juridique propre, et doivent respecter cette valeur juridique, qu'il s'agisse de leurs conditions de validité ou des effets juridiques qu'ils auraient pro-

duits ». Ainsi, en principe, une prescription en cours peut toujours être modifiée par une nouvelle loi, à la différence d'une prescription achevée, mais les éléments intéressant sa constitution (par exemple une interruption de prescription) doivent être jugés d'après la loi en vigueur au moment où ils ont été accomplis. La loi, à moins d'être rétroactive, peut s'attaquer seulement aux éléments qu'il restait à réunir.

3° En ce qui concerne les faits « qui n'ont pas déterminé la constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique d'après la loi en vigueur au moment où ils se sont produits, ceux-ci ne peuvent, en vertu d'une loi nouvelle, être considérés comme ayant entraîné cette constitution (ou cette extinction) sans qu'il y ait rétroactivité ». Ainsi, une loi nouvelle décide que telle personne, incapable jusque-là, sera désormais capable : les actes passés en temps d'incapacité ne pourraient être validés sans rétroactivité. Il en sera de même s'il s'agit d'une situation *en cours* d'extinction ou de constitution. Ainsi, lorsqu'au moment où il a été effectué, l'acte accompli n'a pas été considéré comme interruptif, une loi nouvelle, survenant au cours de l'accomplissement de la prescription, et reconnaissant ce fait comme interruptif, ne peut, à moins d'être rétroactive, être applicable vis-à-vis de ce fait déjà passé.

Toutefois, si une loi nouvelle ne peut, en principe, atteindre les faits qui se sont produits au temps de la loi passée, elle peut cependant « atteindre les faits durables qui existent encore au temps où elle entre en vigueur, comme faits du présent », pour déterminer la constitution ou l'extinction de telle ou telle situation

juridique. Ainsi, la construction à la limite de son fonds, sans respecter les distances légales de vue et de jour, aboutit à la création d'un état de choses durable, la loi nouvelle peut donc réglementer cet état de fait comme fait juridique du présent. De même, la relation de père à enfant étant un état durable, la loi nouvelle, autorisant la recherche de paternité en justice, est applicable à toute naissance antérieure.

2° *Lois relatives aux effets d'une situation juridique.* — Les lois relatives aux effets d'une situation juridique ne peuvent, à moins d'être rétroactives, atteindre les effets passés que celle-ci aurait produits « sous la loi antérieure, qu'il s'agisse de modifier, d'accroître ou diminuer ces effets »; elles portent seulement sur les effets futurs (*jacta futura*). Ainsi, la situation d'époux divorcé ayant entraîné, au prononcé du divorce, la dissolution du mariage, une loi nouvelle ne pourrait, sans être rétroactive, revenir sur ce passé, mais elle peut, au contraire, modifier les effets à venir et successifs du divorce : l'obligation alimentaire, la garde des enfants, etc... De même, tous les effets juridiques à venir de l'adoption, de la minorité, de la propriété, de l'usufruit, peuvent être touchés par les lois nouvelles.

Nous verrons bientôt que cette règle de l'effet immédiat de la loi reçoit une importante exception, en ce qui concerne les contrats en cours.

3° *Lois qui créent ou suppriment des situations juridiques.* — a) Les lois qui créent une situation juridique nouvelle doivent purement et simplement être

assimilées aux lois relatives à la constitution d'une situation juridique (v. supra).

b) Les lois qui suppriment une situation juridique sont d'une analyse plus complexe.

Ainsi une loi supprime les substitutions fideicommissaires; peut-on dire que cette loi vise la constitution d'une situation juridique, en ce sens qu'elle rend cette constitution impossible dans l'avenir, et que, comme telle, elle ne saurait atteindre les situations juridiques déjà constituées ? Ou bien, peut-on dire, au contraire, qu'elle vise seulement les effets d'une situation juridique, qui peuvent toujours être diminués à l'avenir (et à la limite, supprimés) par le législateur, et, qu'en conséquence, cette loi devrait atteindre même les substitutions existantes, à dater du jour de son entrée en vigueur ? C'est là une des difficultés les plus considérables de la matière. Pour la résoudre, il faudra, dit M. Roubier, distinguer dans chaque hypothèse, si la loi est une loi de dynamique ou, au contraire, de statique juridique. Si elle a en vue le moyen de parvenir à cette situation, elle est alors assimilable aux lois qui gouvernent la constitution d'une situation juridique; si, à l'inverse, elle vise les effets et le contenu juridique de cette situation, elle est alors assimilable aux lois qui gouvernent les effets d'une situation juridique.

Prenons simplement trois exemples. Il est bien évident qu'une loi abolissant le divorce serait une loi dynamique : elle aurait pour but d'empêcher le moyen même du divorce; elle s'opposerait donc à la formation de nouveaux divorces, mais elle n'aurait point d'effets sur les divorces déjà prononcés. De

même, une loi nouvelle abrogeant l'hypothèque légale n'aurait pas pour but de porter sur les effets de cette hypothèque, qui sont, à quelque chose près, ceux du droit commun; elle s'attaquerait au mode de constitution lui-même et ne pourrait, en conséquence, atteindre les situations de ce genre déjà constituées, sinon elle serait rétroactive. Au contraire, une loi supprimant l'incapacité du prodigue aurait pour but principal de faire sortir immédiatement tous les prodiges de leur incapacité, en la faisant cesser aussitôt; aussi devrait-on décider que cette loi est applicable à toutes les situations en cours.

Dans un dernier paragraphe, M. Roubier étudie les effets de la loi nouvelle sur des situations particulières (op. cit., p. 406). Voici les quatre principes qu'il dégage, et que nous exposons brièvement :

a) En ce qui concerne les situations juridiques permanentes (c'est-à-dire « celles auxquelles on ne peut assigner une durée définie, entre certaines limites ») « on peut dire qu'elles sont en état permanent de constitution et peuvent toujours être modifiées, créées, ou supprimées par une loi nouvelle¹ ».

b) En ce qui concerne le cas où plusieurs situations juridiques, différentes par leur date de constitution ou par leurs effets, entrent en concours les unes avec les autres (situations juridiques concurrentes) chacune d'elles doit supporter la compétence de la loi qui

1. Les situations de ce genre ne concernent que les biens, puisque, dit Roubier, lorsqu'il s'agit des personnes, toute situation juridique a un commencement et une fin. Ces situations juridiques se rattachent à des états de fait naturels, ainsi, la situation de biens meubles ou immeubles, la situation de chose fongible ou consommable, la distinction entre cours d'eau navigables et non navigables.

correspond au moment de sa constitution, de ses effets ou de son extinction, selon les cas (v. exemples dans Rubier).

c) En ce qui concerne les situations juridiques dépendantes, l'accessoire suit le principal. En conséquence, « dans la mesure où la constitution d'une situation juridique n'est qu'un effet immédiat et direct d'une situation principale, la loi nouvelle doit être considérée comme visant les effets de celle-ci et, par suite, elle est d'application immédiate. Ainsi l'obligation alimentaire, résultant du mariage ou de la parenté, subira l'effet des changements de législation relatifs à ces divers états. De même, si le droit au nom constitue bien une situation juridique indépendante, quand, par exemple, il résulte de la mise en œuvre de la procédure de changement de nom, il n'est, le plus souvent, qu'une des conséquences du mariage et de la filiation; aussi une loi nouvelle, modifiant à l'avenir ces situations juridiques, aurait-elle effet, par contre-coup, sur ses modalités d'attribution, sans être rétroactive.

d) Enfin, une loi relative à une situation juridique rétroactive¹ n'est pas rétroactive, alors même que les effets de cette situation devraient remonter en deçà de son entrée en vigueur, si elle ne doit s'appliquer qu'à la survenance de faits postérieurs à cette entrée en vigueur, à la condition cependant qu'il ne s'agisse ni de faits dont la survenance soit inévitable, ni de faits qu'il soit entièrement au pouvoir d'un

1. Par exemple, l'acceptation d'une succession, l'effet déclaratif du partage.

bénéficiaire de cette rétroactivité d'accomplir¹ ».

Ainsi, dans toutes les hypothèses que nous venons d'envisager, la loi nouvelle a un effet immédiat. C'est là un principe de droit commun, reconnu, sinon par la doctrine, du moins par la jurisprudence². Mais quels sont donc les motifs qui justifient l'établissement de cette règle ? Pour M. Roubier, ce n'est, ni parce que la loi nouvelle marque un progrès sur la loi ancienne, ni parce que le principe de survie de la loi ancienne conduirait à des conséquences illimitées, c'est parce que, en adoptant le principe contraire, il en résulterait inévitablement que, pour des situations juridiques de même nature, « des lois différentes deviendraient compétentes concurremment à l'intérieur du même pays..., ce qui provoquerait inévitablement une confusion inextricable dans les rapports juridiques ». Il y aurait un piège pour le commerce juridique.

Cette raison explique pourquoi, à l'inverse, les lois nouvelles n'ont point d'effet, en principe, sur les contrats en cours³. C'est, en effet, que, tandis que les situations légales présentent un type unique, qu'il n'y a qu'une adoption, qu'une propriété, qu'un usufruit légal, il y a, au contraire, un nombre indéfini de contrats, qui, chacun, contiennent des clauses d'une extrême complexité et diversité et engendrent des droits dont il est souvent difficile, pour les tiers, de préciser la date de naissance et de formation.

1. Loi 16 novembre 1912; note Lyon-Caen, S. 1917-I-73; Capitant, note au D. 1917.I.81; cf. exemples dans Roubier, p. 417.

2. Cass. civ., 24 décembre 1914, S. 17-I-85; 31 janvier 1921, S. 21.I.152; 2 juillet 1924, S. 24-I-347.

3. Ch. civ., 7 juin 1901, D. 1902.I.105; Ch. req., 30 novembre 1920, S. 21.I.167; Paris, 2 janvier 1920, S. 1921.2.51.

Dans la vente, par exemple, les parties peuvent stipuler un terme, une condition, ils peuvent insérer telle modalité, telle clause qui leur convient, à la lumière de la législation existante. Il en est de même, en fait et sous réserve des dispositions impératives, en matière de contrat de mariage. Mais que décider lorsque les parties ont déclaré s'en référer à la législation existante, ou n'ont pas réglé tous les effets de leur contrat, et qu'en conséquence il est nécessaire de faire appel aux lois dites « supplétives ? » Il faut, en l'absence de dispositions expresses des parties, « considérer la réglementation légale du contrat en vigueur à l'époque où celui-ci a été conclu, comme faisant partie du contenu de la volonté des parties », précisément à raison de ce fait que celles-ci se sont dispensées d'insérer telle clause, étant donné que la loi stipulait pour elles. Par suite, alors même qu'une loi nouvelle, modifiant les dispositions supplétives antérieures, interviendrait, elle ne serait point applicable aux contrats en cours.

De la règle de survie de la loi ancienne, dans les contrats en cours, découlent trois conséquences importantes :

1^o Une loi nouvelle, modifiant les conditions de validité d'un contrat, par suite de la règle de rétroactivité, est sans effet sur un contrat valablement formé; elle ne peut, à l'inverse, valider un contrat nul selon la loi du temps où il fut conclu.

2^o Une loi nouvelle modifiant les effets d'un contrat, par suite de la règle de survie de la loi ancienne, n'a pas d'effet sur les contrats successifs en cours, qui n'épuisent pas leurs effets *unico momento*, mais qui

entraînent, au contraire, des obligations ou prestations périodiques pendant une durée prolongée (contrat de prêt; conventions matrimoniales; contrat de travail à durée indéterminée).

La loi nouvelle ne peut, à moins d'être rétroactive, introduire une cause nouvelle de résolution rétroactive dans les contrats en cours, sous peine de transformer, dans le passé, des effets purs et simples en effets conditionnels, ni supprimer une cause de résolution rétroactive incluse dans ce contrat, sous peine de transformer, dans le passé, des effets conditionnels en effets purs et simples.

3° Mais s'il s'agit d'une loi nouvelle introduisant ou supprimant une cause de résiliation *in futurum*, le raisonnement n'est plus le même; puisque le législateur est maître de disposer pour l'avenir, la loi ne serait pas rétroactive si elle s'appliquait au contrat en cours. C'est donc, dans cette hypothèse, seule, la règle de survie de la loi ancienne, en matière contractuelle, qui intervient pour empêcher un tel effet.

Il était important, semble-t-il, de rappeler ces principes qui reçoivent application en notre matière; de distinguer notamment, au point de vue de l'effet de la loi nouvelle, entre les situations contractuelles et les situations légales, et de reprendre, en partie, la théorie de M. Roubier, qui abonde en idées nouvelles, et atteint une précision et une clarté que n'ont pu fournir les théories anciennes.

* *
* *

Ainsi, et en résumé, les facultés constituent des droits véritables et imprescriptibles et non pas seule-

ment des purs faits ou des possibilités de droits, car il n'y a pas de stade intermédiaire entre le droit et l'absence de droit; mais il n'y a droit que lorsque le fait ou l'acte juridique a été réalisé; avant cette réalisation, il y a seulement droit objectif, cadre abstrait, essentiellement modifiable au gré du législateur.

Mais, au contraire, lorsque le fait ou l'acte juridique ont été accomplis, le législateur, à moins d'édicter une disposition rétroactive, ne peut, après coup, revenir sur les conditions de constitution de cette situation juridique, pour les modifier. Il ne peut davantage (sauf rétroactivité) porter atteinte aux effets de cette situation, lorsqu'ils ont été réalisés et que l'effet de droit est rempli.

Mais, par contre, la loi nouvelle est applicable aux effets des facultés qui ne sont pas réalisés au moment de sa promulgation, puisque celles-ci dérivent de la loi, qui peut, à tout moment, modifier les effets des situations juridiques qu'elle a créées. Ainsi que le dit M. Planiol: « Le législateur ne nous garantit nullement, dans l'avenir, l'exercice de nos droits actuels; ces droits n'existent et ne durent qu'autant que la loi qui les régit et les permet¹ ». Toutefois, lorsque par exception, et dans la limite où nous l'avons indiqué, les facultés naissent, non plus de la loi, mais du contrat (concession au profit des habitants d'une commune) ou que les parties dans la convention se sont appropriées une disposition légale supplétive (ou l'ont sous-entendue), la loi nouvelle n'est pas applicable aux situations juridiques ainsi établies, par suite de la règle de survie de la loi ancienne en matière contractuelle.

1. Traité élém. Dr. civil, 1, 256.

DEUXIÈME PARTIE

LA FACULTÉ D'ACQUISITION

Nous avons établi, dès le début de notre travail, qu'il fallait soigneusement distinguer des droits proprement dits et de leur exercice, la faculté de les acquérir, c'est-à-dire soit d'en établir ou d'en faire naître de semblables, soit d'en revendiquer le bénéfice : C'est l'étude de cette faculté d'acquisition que nous allons maintenant aborder, en l'envisageant dans ses multiples aspects.

En ce qui concerne le libre exercice de la faculté d'acquisition, et par application des principes précédemment déduits, nous pouvons énoncer les trois propositions suivantes : 1° L'individu n'est jamais, en principe, obligé de devenir titulaire de droits nouveaux, contre sa volonté; 2° d'autre part, son inaction ou son refus d'acquérir un droit nouveau, dans une circonstance donnée, ne saurait le priver de la faculté d'acquérir dans une circonstance postérieure analogue; 3° enfin, le fait de n'avoir jamais acquis, par pure hypothèse, de droit nouveau pendant plus de 30 ans, ne saurait éteindre la faculté d'acquisition.

Pour acquérir un droit nouveau, l'individu peut, soit contracter, soit invoquer le bénéfice de l'action

d'un tiers, qui, sans avoir reçu mandat, aurait agi à son profit, soit enfin revendiquer l'application d'une disposition légale.

Si le rôle joué par la volonté individuelle dans l'acquisition des droits par contrat est relativement facile à déterminer, il n'en va pas de même pour préciser celui qu'elle joue lors de la revendication d'une disposition légale; dans ce dernier cas, on peut, en effet, légitimement se demander si le droit est acquis avant toute manifestation de volonté ou seulement lorsqu'il y a eu manifestation de volonté.

C'est dans un chapitre spécial que nous étudierons spécialement l'ensemble de cette question; nous envisagerons ensuite les principaux caractères de la faculté d'acquisition; de là, la division du sujet en deux chapitres :

Chapitre premier. — Rôle de la volonté dans les différents modes d'acquisition.

Chapitre II. — Analyse de la faculté d'acquisition.

CHAPITRE PREMIER

Rôle de la volonté dans les différents modes d'acquisition

Pour rechercher quel rôle joue la manifestation de volonté dans l'acquisition des droits nouveaux, il ne serait pas suffisant de distinguer suivant que cette acquisition a lieu à titre gratuit ou onéreux, entre vifs ou par décès, qu'elle est effectuée à titre primaire ou à titre secondaire, qu'elle porte sur des droits de créance ou des droits réels.

Pour saisir ce rôle et pour résoudre, en conséquence, la question de savoir si, comme l'ont prétendu certains auteurs, la loi (*lato sensu*) est vraiment à l'origine de tout droit, il est, au contraire, nécessaire et suffisant de distinguer suivant que l'acquisition dont il s'agit a eu lieu, ou bien au moyen et par l'effet d'un contrat, ou bien en dehors de tout contrat, soit par suite de l'action d'un tiers, soit par l'« effet de la loi », comme l'on dit quelquefois¹.

De là, les deux sections suivantes : 1^o la faculté d'acquisition par contrat; 2^o la faculté d'acquisition en dehors du contrat.

1. Sur tous ces points, v. art. 711, C. civ.; Hémard, *op. cit.*, t. I, p. 430; Planiol, *op. cit.*, p. 794 et suiv.

Section 1

LA FACULTE D'ACQUISITION PAR CONTRAT

Le rôle de la volonté, dans l'acquisition d'un droit par contrat, semble manifeste : elle crée le droit, dit-on, elle engendre, à elle seule, le nouveau rapport de droit. Et pourtant, est-ce vraiment la volonté qui crée le droit ou ne le crée-t-elle que parce qu'elle se réfère à la préexistence de la loi ? Quelle est la portée exacte de cette liberté contractuelle et quels droits la volonté peut-elle créer ? Tels seront, après l'exposé de quelques remarques, les points principaux que nous envisagerons en étudiant la portée de la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté.

*
* *

Avant d'aborder l'étude de la liberté contractuelle en elle-même, il convient de remarquer, en premier lieu, que l'acquisition d'un droit par contrat peut résulter, soit de la création par les parties d'un droit entièrement nouveau, soit de la transmission d'un droit dont l'une des parties est déjà titulaire. Dans ce second cas, il n'y a création d'un « droit nouveau » que par voie de conséquence. Des exemples vont préciser notre pensée :

Si *A* prête à *B*, il devient titulaire, par le contrat de prêt, d'un droit entièrement nouveau. Dans cette hypothèse, les parties contractantes ont usé d'une véritable « faculté créatrice » : non seulement elles ont créé un rapport de droit nouveau, mais elles ont forgé, de toutes pièces, la matière de ce rapport : elles ont

créé du droit nouveau. De même, si *A* prête son cheval à *B*, il reste propriétaire du cheval vis-à-vis de tous, *B* y compris, et, en outre, par suite de la conclusion du contrat, il a acquis contre *B* un droit spécial : là encore, il y a création de droit nouveau.

Si, au contraire, nous supposons que *A* vend sa propriété à *B*, nous voyons que *A* n'a précisément acquis le droit de créance contre *B* que parce qu'il perdait sa qualité de propriétaire : il l'a échangée, monnayée, en quelque sorte, contre un droit de créance. Le droit de *A* a été transféré à *B* moyennant la création d'un autre droit par *B* au profit de *A*. Le droit de propriété a changé de titulaire, mais *il n'a pas été créé*, c'est seulement le droit de créance qui a été créé par les parties et qui constitue du « droit nouveau ». En d'autres termes, dans le patrimoine de *A*, il y a perte d'un droit contre acquisition d'un droit nouveau, de nature différente, et dans le patrimoine de *B*, il y a acquisition d'un droit dont un autre était déjà titulaire, contre création d'une obligation nouvelle.

Dans l'échange sans soulte, la situation est moins complexe. *A* échange sa propriété contre celle de *B* et *B* contre celle de *A*. Il y a seulement transmission de droit, sans création de « droit nouveau », puisqu'aucun droit de créance ne naît de l'opération et qu'il s'agit seulement de changer réciproquement la « titularité » du droit, quant à l'objet sur lequel il porte.

En résumé, la faculté d'acquisition se manifesterait donc de trois façons : 1° soit par la création de droit nouveau (acquisition par création); 2° soit par la création de droit nouveau à l'occasion d'une transmission de droit (acquisition par aliénation); 3° soit par trans-

mission réciproque de droit (acquisition par échange).

Il restera naturellement à déterminer, par la suite, quels droits peut créer la volonté et quels droits elle pourra seulement transmettre (v. autonomie de la volonté).

La seconde remarque qui s'impose a trait à la question de savoir si la transmission d'un droit par contrat (ou tout autre mode) n'est pas autre chose que l'exercice de ce droit.

Les Juristes n'aperçoivent pas, en général, la distinction du droit d'utilisation et du droit de transmission : ils l'envisagent, l'un et l'autre, comme deux modalités différentes de l'exercice du droit.

Korkounov, par exemple¹, s'il a bien distingué entre le *jus ulendi* et le *jus disponendi*, range ce dernier parmi les « éléments du contenu du droit », sans se demander s'il est un élément fondamental de la matière du droit.

La question s'est posée surtout à propos des substitutions fidei-commissaires et des majorats : l'obligation pour une personne de conserver un bien pendant toute une vie et de le rendre à sa mort à une autre personne déterminée, suffit-elle à enlever au droit de propriété un de ses éléments essentiels, de telle sorte que l'on puisse dire que le grevé, n'ayant pas l'exercice plein et entier du droit de propriété, non seulement n'est pas véritablement et totalement propriétaire, mais n'est point propriétaire du tout ?

Les Jurisconsultes allemands ont longuement discuté la question; pour Thon², l'acte d'aliénation ne

1. V. *Théorie générale du Droit*, p. 235 et suiv.

2. *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, p. 327 et 328.

serait pas l'exercice du droit subjectif appartenant au propriétaire, car l'aliénation « du côté du propriétaire transfère la propriété qui est par là même l'objet de l'aliénation », par suite, le pouvoir qui transfère la propriété ne peut être en même temps ce qu'on transfère; la propriété est « la condition ordinaire pour l'efficacité juridique d'un acte de disposition sur cette propriété, mais non la source et le fondement de ce pouvoir ».

Michas (op. cit. , p. 227) affirme que le droit d'aliéner n'est pas essentiel à la propriété, ce à quoi souscrit M. Roguin (op. cit., III, p. 843 et suiv.), tout en faisant judicieusement remarquer que le titulaire d'un majorat ou d'un fideicommissaire n'est pas « tout à fait propriétaire », puisqu'il n'a pas la faculté de faire tout ce qu'il veut du capital. Et; aux pages 669, 680, il remarque qu'on ne saurait faire entrer dans la construction même d'un droit quelconque « une foule de particularités qui y sont étrangères » comme le but, la durée, la *transmissibilité*; cette dernière n'ayant pas de rapport avec le contenu du droit, mais seulement avec son existence.

En d'autres termes, et pour ces auteurs : 1° L'utilisation d'un droit « concerne son contenu et ses limites : elle a trait à sa définition »; 2° Le droit d'utilisation « ne suppose pas celui de disposition : car il y a des droits indisponibles »; 3° Le caractère d'un droit d'être aliénable, ou non, n'a rien à faire avec sa définition.

C'est aux mêmes conclusions qu'arrive, de son côté, M. Duguit, avec des conceptions et une terminologie tout à fait différentes¹, lorsqu'il déclare : « L'affectation

1. *L'Etat, le Droit objectif*, p. 208.

d'une richesse à une utilité déterminée implique, pour une certaine volonté, le pouvoir de changer le bénéficiaire de ce profit... pouvoir objectif impliqué par la règle de droit... qui admet l'appropriation et la circulation des richesses ».

Conformément aux opinions des auteurs cités, nous pensons donc que le droit que l'on transmet n'est pas la source et le fondement du pouvoir de transmission et que ce dernier, ne résultant pas du droit lui-même, ne peut, en conséquence, que tirer son origine et que découler directement de la faculté générale commune à tous les hommes de disposer de leurs biens et de leurs droits.

Enfin, il convient de remarquer, brièvement du moins, que la faculté d'acquisition par contrat peut revêtir plusieurs modalités.

C'est là un simple rappel de principe que nous n'avons pas, en raison de l'importance de la littérature juridique sur ce point, l'intention de développer.

Nous rappellerons simplement, pour mémoire, que l'acceptation d'une offre de contracter ne suit pas toujours nécessairement et immédiatement l'émission de cette offre (acceptation dans délais fixés, contrats par correspondance); que l'acquisition d'un droit peut avoir lieu sous condition suspensive, sous condition résolutoire ou à terme (V. spécialement ventes à réméré; promesses de vente bilatérales et unilatérales); ce sont là des points trop connus pour y insister davantage.

Nous remarquerons cependant que si l'obligation contractée sous condition purement potestative est nulle, l'acquisition d'un droit sous condition purement potestative, au contraire, est licite, quand la réa-

lisation de la condition doit avoir lieu dans un certain délai. Ainsi, je puis promettre d'acheter la maison, si je me décide et s'il me plaît, d'ici cinq ans. Par cette clause, ma faculté d'acquisition est, en quelque sorte, concrétisée puisque je dois prendre expressément ou tacitement parti dans un certain délai; cette option nécessaire est suffisante pour valider l'obligation du propriétaire de ne pas vendre à une tierce personne durant ce temps. Mais si je stipulais simplement que j'acquerrai la maison « si je veux et quand je voudrai »; sans fixation d'aucun délai, je ne ferais rien d'autre que de déclarer expressément que j'ai la faculté d'acquérir ou de ne pas acquérir le bien dont il s'agit, et que je n'y serai jamais contraint; ce qui est la simple proclamation d'un principe connu et reconnu par tout le monde. Aussi, faut-il décider qu'une telle stipulation (qui risquerait, au surplus, d'engendrer un engagement perpétuel du propriétaire à mon égard) n'est pas suffisante pour créer un lien de droit et qu'elle est exclusive de toute idée d'obligation.

**Etendue de la liberté contractuelle.
(ou de l'autonomie de la volonté).**

Ces remarques préalables ainsi faites, il est possible maintenant de préciser le rôle que joue notre volonté dans l'acquisition des droits par contrat et de fixer, en conséquence, les limites et l'étendue de « l'autonomie » qu'elle possède dans le cadre de la loi.

Cette expression « autonomie de la volonté » ne se trouve pas dans les textes; elle est simplement supposée par les articles 6, 1387, 1594, 1598 et surtout 1134

du Code civil; cependant la jurisprudence y a souvent recours : aussi a-t-on pu dire que cette autonomie est, en quelque sorte, de droit naturel¹.

Les auteurs, toutefois, ne sont pas d'accord sur la portée qu'il convient de donner à cette expression.

Pour certains, cette expression devrait être prise dans un sens extrêmement large, et l'étude de l'autonomie de la volonté, de ce fait, se confondrait avec celle de la liberté en général². M. Planiol³ semble adopter ce point de vue quand il dit : « La liberté est la règle, la volonté privée est autonome, sauf les limites fixées par la loi », et quand il remarque qu'être autonome c'est pouvoir, en vertu du fameux adage « tout ce qui n'est pas défendu est permis », accomplir, outre ce qui a été prévu légalement, tout ce que la loi ne défend pas.

M. Saleilles conçoit l'autonomie de la volonté d'une façon plus restreinte. On dit qu'il y a autonomie, déclare-t-il, lorsque, comme en droit français, une manifestation quelconque de volonté suffit pour produire des effets juridiques, « sans qu'il soit besoin d'y adjoindre une déclaration de volonté, fait matériel, extérieur, susceptible d'appréciation objective⁴ ». Par là, le droit français s'oppose au droit allemand, pour qui la déclaration de volonté est envisagée, non pas comme un procédé de publicité, mais comme « un élément nécessaire pour donner à l'acte de volition une valeur juridique ». Toutefois, cette opposition entre le droit

1. V. Gény, n° 171, p. 524; Caleb, *Essai sur le Principe de l'aut. de vol.*, thèse, Strasbourg, 1927, p. 9.

2. V. Renard, *Le droit*, 1^{re} série, p. 254.

3. *Tr. élém. Dr. civ.* I, p. 108.

4. V. Mosseran, *De la liberté de l'acte juridique*, thèse, Montpellier, 1904, p. 50.

allemand et le droit français n'est qu'apparente car, en réalité, en droit allemand, la volonté est au fond seule maîtresse et souveraine, seulement « elle ne l'est que dans son fond, et sa réalisation psychologique, elle ne l'est pas dans sa manifestation extérieure¹.

M. Demogue fixe également, de façon précise, l'étendue qu'il convient de donner à cette expression². C'est, dit-il, en vertu du principe de « l'autonomie de la volonté que chacun se trouve obligé seulement lorsqu'il l'a voulu et possède des droits dans la mesure où il a voulu les avoir; de ce principe découle la liberté des conventions permettant de fixer les effets du contrat, de créer des contrats innommés, de régler la formation du contrat, de modifier ou de supprimer des situations juridiques établies par la volonté des cocontractants ».

Ainsi l'étude de l'autonomie de la volonté s'apparente-t-elle et s'identifie-t-elle avec l'étude de la liberté contractuelle, et de celle-ci seulement, et non pas avec celle de la liberté en général.

Déclarer, en effet, que la volonté est autonome, c'est dire, selon nous, et par application de l'art. 1134 C. civ., que si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, c'est parce que, dans certaines hypothèses que nous préciserons, la volonté individuelle vaut comme volonté législative, et qu'en conséquence l'autorité du contrat est présumée conforme à la loi.

Mais cette présomption de conformité aux dispositions

1. Saleilles, *Déclaration de volonté*, éd. 1901, p. 2.

2. *Notions fondamentales de droit privé*, p. 147.

légales peut être détruite par preuve contraire et l'autorité du contrat n'est que provisoire et sujette à révision, car notre volonté bien qu'autonome est cependant soumise à l'autorité supérieure du législateur. Sans doute, l'individu peut bien, à son gré, réglementer certains rapports juridiques, en créant un droit, lorsqu'il n'en existe pas sur la matière ou en dérogeant plus ou moins profondément à un droit typique, quand celui-ci n'est pas formellement imposé aux justiciables, mais il ne dispose de ce pouvoir que par autorisation et délégation tacite du législateur. Il émet seulement, comme dit Roguin, «une volonté législative subordonnée¹».

Et c'est pourquoi l'on a pu dire que ce n'était pas la volonté qui, à elle seule et exclusivement, produisait les effets de droit, mais que c'était la volonté soutenue et vivifiée par la loi. Il est évident, disait-on, que si les effets de droit étaient exclusivement produits par la volonté individuelle, celle-ci devrait être exactement la mesure des effets produits, et que seuls pourraient se produire les effets voulus; or, en réalité, il se produit souvent des effets non voulus par la volonté et parfois même contraires à ce que désirait celle-ci² : c'est donc qu'elle n'a qu'une autonomie dérivée et secondaire.

Il est bien évident que, par suite de cette subordination, le champ de la libre action de la volonté individuelle est nécessairement restreint : elle ne peut aller à l'encontre des dispositions d'ordre public, impératives, que cet impératif soit catégorique ou simplement conditionnel, individuel ou général³, elle ne peut, par

1. Roguin, *op. cit.*, II, n° 551, p. 195.

2. Schlossmann, *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht de Grunhut*, éd. 1880, t. VIII, p. 543; Duguët, *Etat*, p. 600.

3. R. Capitant, thèse, Paris, 1928, *Introduction à l'étude de l'acte illicite*.

exemple, par contrat, déroger à la réglementation existant en matière de droit de famille, puisque la loi fixe impérativement toutes les conditions de réalisation du lien familial.

Mais quoi qu'on en ait prétendu, en soutenant que toute loi, même permissive ou constructive, revêtait la même vigueur et le même caractère impératif¹, toutes les dispositions légales ne s'imposent pas avec même force aux intéressés; et c'est là, précisément, que la volonté va pouvoir jouer un rôle autonome.

En effet, à côté des solutions légales créant une réglementation à laquelle il est impossible de déroger, un bon nombre d'entre elles revêtent seulement un caractère subsidiaire. Ces lois sont dites dispositives, parce que les solutions qu'elles contiennent peuvent être remplacées par une disposition différente fixée par les parties. A la vérité, parmi ces lois, une distinction, fondée sur les textes, s'impose.

Parmi celles-ci, les unes disposent : « à moins de stipulations contraires, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par les parties »; les autres : « pour le cas où il y aurait doute, ... s'il y a doute ». Le caractère impératif de ces deux séries de dispositions n'est pas le même.

Dans le premier cas, la loi s'applique, à moins qu'une

1. Toute loi n'est-elle pas impérative ? Pour R. Capitant, la règle permissive est l'absence de règle impérative. Pour Roguin, toute loi est impérative parce que, même dans les lois permissives, il y a un ordre, un commandement, puisqu'elles confèrent des droits et créent donc nécessairement des obligations correspondantes à ces droits (v. Austin, *Lois permissives*, vol. I, 355; Roguin, *op. cit.*, I, p. 27). Même opinion que Roguin, dans Korkounov (*op. cit.*, II, p. 190 et s.) qui divise les règles permissives en quatre groupes. Pour Duguit, les dispositions constructives de la loi sont également impératives, sauf quand elles s'adressent aux particuliers (*Etat*, p. 560).

simple volonté négative des parties ne soit intervenue, même si celles-ci n'ont pas désigné exactement ce qu'elles ont entendu substituer à la loi; dans le second cas, la loi ne cède que devant une volonté certaine des parties, précisant rigoureusement ce qu'elles ont voulu.

M. Saleilles fait remarquer qu'on ne saurait, avec certains auteurs, appeler les premières : règles dispositives et les secondes règles interprétatives; toutes deux sont dispositives, il n'y a pas entre elles de différence de nature, mais une simple différence quantitative, « la règle de droit se révélant dans le premier cas, comme moins impérative et plus largement subsidiaire¹ ».

Toute une école, au reste, cherche à réduire au minimum, au profit des lois supplétives, les règles impératives. Ces dernières reposeraient, en fait, sur une présomption de volonté individuelle. Ainsi, si la loi attribue impérativement, par présomption, la paternité au mari, c'est à la suite d'un acte de volonté du mari qui, en se mariant, accepte à l'avance comme siens les futurs enfants de sa femme². L'école spiritualiste (Cousin, Jouffroy, Caro, Paul Janet) professe de même que, dans tous les cas, la loi n'intervient que « pour suppléer la volonté des intéressés, en vertu d'une concession tacite de cette même volonté ».

C'est contre cette conception, qui élargirait, sinon en pratique, du moins en théorie, l'autonomie de la volonté, et ferait de la loi un simple moyen de constatation officielle des volontés individuelles, que s'élève M. Bonnecase³. Constatant, d'une part, l'extension

1. *Introduc.* à l'*Etude du Dr. civ. all.*, édit. 1904, p. 44.

2. Capitant, *C. de Dr. civ.*, t. 1, p. 265.

3. Où en est le Droit civil dans la Cité moderne, *Cahiers de la nouvelle journée*, *La Cité moderne*, p. 71, 77 et suiv.

donnée à la théorie de la responsabilité objective et à l'abus du droit, remarquant, d'autre part, que les lois du 9 avril 1898 et du 13 juillet 1907 s'imposent nonobstant toutes conventions contraires, il conclut que le droit civil en viendra à organiser certains rapports juridiques, en faisant, à l'instar des textes ci-dessus, abstraction complète de toute volonté individuelle.

Délaissant ces questions théoriques, pour revenir sur le terrain plus pratique, après avoir constaté que c'est seulement dans le cadre de la loi que la volonté individuelle jouit d'une certaine autonomie subordonnée, nous pouvons, dès maintenant, nous demander quelle catégorie de droits la volonté peut librement créer par contrat.

On est d'accord pour décider que le législateur ayant établi l'infrastructure générale de notre vie juridique et déterminé lui-même nos droits permanents et fondamentaux, les parties peuvent seulement créer des droits temporaires et moins fondamentaux.

Aussi les auteurs admettent-ils d'ordinaire que les parties peuvent seulement transmettre, mais non pas créer par contrat de nouveaux droits absolus, droits qui forment la plateforme sur laquelle naissent, s'exercent et meurent tous les autres et dont le caractère essentiel est de conférer à leur titulaire la possibilité de faire respecter, envers et contre tous, le pouvoir qu'il détient (comme dans les droits de puissance, les droits réels, le droit au nom, les droits de l'individu sur lui-même, etc...¹⁾)

1. Sur l'énumération et les caractères distinctifs des droits absolus, par opposition aux droits relatifs, v. Roguin, *Science juridique pure*, III, p. 796 et *passim*; v. également Ortolan et Michas.

Au contraire, les particuliers peuvent, disent-ils, non seulement transmettre mais encore créer des droits relatifs, c'est-à-dire des droits qui donnent seulement à leur titulaire le pouvoir d'exiger un faire ou non-faire. Mais comme cette distinction entre droits absolus et droits relatifs a donné lieu à de nombreuses discussions et qu'elle n'est pas admise par tout le monde (V. Ortolan), nous pensons qu'il est préférable d'envisager la question sous un autre aspect.

En ce qui nous concerne, nous préférons dire que les parties contractantes peuvent créer ou transmettre des droits de créance mais que, par contre, elles peuvent seulement transmettre des droits réels. Ces derniers sont exclusivement l'œuvre du législateur et jamais des particuliers. Comme le fait remarquer M. Roguin (p. 718 et 719), on dit souvent que A crée, *constitue* tel droit réel au profit de B, mais cette façon de parler est inexacte. Il n'y a pas, en réalité, création de droit nouveau, mais seulement démembrement de la propriété de A, et transmission de l'un ou de quelques uns de ses éléments sur le chef de B. Ce n'est pas, en effet, « au moment de l'acte intervenu entre les deux parties que ces pouvoirs directs arrivent à l'existence : ils existaient antérieurement », seul leur titulaire change; il s'agit là uniquement d'une transmission de droits, et non pas de création de droits nouveaux.

Mais si les parties ont la possibilité non seulement de transmettre, mais encore de créer des droits nouveaux, au sens où nous venons de l'entendre, ont-elles, de même, la possibilité de créer des *rapports de droits* nouveaux ? c'est-à-dire de fixer, à leur gré, les effets des actes juridiques et de créer ainsi des contrats innommés ?

M. Demogue l'admet sans hésitation car, dit-il, la « liberté des conventions est d'une étendue immense ». M. Saleilles, dans le même ordre d'idées, décide¹, en matière de prestations unilatérales, que, lorsque la loi n'a pas prévu la nature de ce qui peut constituer l'équivalence, c'est aux parties qu'il appartient de fixer souverainement le contenu du contrat « et, par suite, de créer un contrat nouveau non prévu par la loi, comme elles en ont absolument le droit en vertu du principe de la liberté des conventions ». De même, et par application de cette idée, les parties pourraient créer des « contrats mixtes » : à côté de la donation normale, elles pourraient convenir d'un contrat qui serait encore une donation « au point de vue des effets mais dont le contenu tel qu'il a été voulu (par elles) révélerait un élément de réciprocité synallagmatique ».

Le principe de la liberté des conventions doit-il aller jusqu'à ce point ? Et faut-il reconnaître aux particuliers le droit de construire des contrats innommés ? Nous ne le pensons pas.

En réalité, il n'y a pas de contrats innommés, mais seulement des institutions bien définies, des catégories légales dans le cadre desquelles la volonté peut se placer en écartant, si elle le désire, certaines dispositions supplétives ou dispositives. Mais la volonté est impuissante à créer d'autres institutions². Lorsqu'on se trouve en présence d'un acte quelconque, on cherche toujours à le qualifier, à le faire rentrer dans une catégorie préexistante. Et ces catégories sont tellement nommées, que souvent il ne suffit pas d'en décrire

1. *Déclaration de volonté*, p. 254.

2. V. Bonnet, *Supplément*, 1925, t. II, p. 20 suiv. et 283.

certain aspects ou certains effets, pour que l'on puisse légitimement en conclure qu'on a entendu s'y référer. Et par exemple, il ne suffirait pas de stipuler l'inaliénabilité pour prétendre qu'on a entendu, dans son contrat de mariage, mélanger la communauté et le régime dotal (cf. arrêt Moinet). De même, la subrogation consentie par le débiteur doit, pour être valable, être accompagnée des formalités prescrites par l'art. 1250, al. 2, Code civil.

On serait pourtant tenté d'objecter que le législateur n'invente rien, qu'il ne « tire rien du néant », qu'il travaille sur une matière sociale, et que, dans ces conditions, il ne saurait fixer des catégories préexistantes.

L'œuvre de la volonté serait donc, en conséquence, antérieure à celle du législateur : ceci est en partie exact, mais cette volonté n'aboutit elle-même à engendrer des effets juridiques qu'en se référant à des notions préexistantes, à une espèce de cadre naturel, dans lequel elle peut se mouvoir librement et qu'elle peut déformer plus ou moins en respectant, bien entendu, toutes dispositions impératives ou d'ordre public¹.

Et le développement historique des institutions est là pour nous convaincre : depuis le droit romain, on ne

1. Ainsi, en matière de vente, si je suis vendeur, je dois nécessairement livrer la chose; si je suis acheteur, payer le prix, sinon il n'y aurait pas vente. Je ne puis déroger aux « essentialia », c'est-à-dire, que m'étant placé, en fait et volontairement, dans une situation juridique donnée, entraînant l'application d'un ensemble de règles juridiques, je ne puis écarter ni les effets, ni les conséquences juridiques principales que la loi attache à cette situation. Au contraire, je pourrai stipuler un terme, une condition et régler, en quelque sorte, les modalités du contrat; ma liberté est complète en ce qui concerne les « accidentalia ». Elle est, au contraire limitée en ce qui touche les « naturalia » et, par exemple, si je puis bien me décharger de l'obligation de garantie, je ne puis le faire que dans une certaine mesure : je ne puis, par exemple, me dégager de la garantie d'éviction, si elle résulte d'un fait qui m'est personnel. Cf. art. 1628, C. civ.; Dalloz, Suppl. V, vente, 414; Cass., 2 mai 1864, S. 65, I, 180.

peut guère citer que trois nouveaux contrats : contrat de fief, contrat d'assurance, contrat de travail. Or, le premier dérive de la théorie des actions utiles (domaine utile et domaine éminent), le second s'explique par la stipulation pour autrui et le troisième relève de la législation industrielle.

*
* *

Par application des idées que nous venons d'émettre, au sujet de l'autonomie de la volonté, on serait tenté de diviser les sources du droit en deux catégories : la loi et la volonté, mais on ne saurait le faire sans réserve préalable, faute de quoi cette formule donnerait lieu à penser que notre volonté serait la source dernière du droit, alors qu'en réalité, elle ne joue qu'un rôle secondaire et subordonné, et que c'est seulement en vertu de la loi ou par la force de celle-ci que naissent droits et obligations. Ainsi que le dit Van Bemmelen¹, on peut juxtaposer convention et loi comme source des obligations (ou des droits), mais seulement en remarquant préalablement que si « c'est la convention qui détermine arbitrairement leur contenu et à l'occasion de leur naissance, ce n'est qu'en vertu d'une concession générale donnée par la loi à la convention tandis que, pour les obligations non conventionnelles (sans compter celles qui naissent des actes unilatéraux), c'est la loi qui détermine leur contenu et à l'occasion de leur naissance ».

Et si, pour conclure, l'on voulait établir une analogie, on pourrait dire que la situation de la volonté indivi-

1. *Notions fondamentales de droit civil*. Amsterdam, 1892, p. 142 et 143.

duelle, créant et réglementant des rapports de droit et engendrant des droits nouveaux, dans les limites fixées par les lois impératives et dans le cadre de la loi, est semblable à celle d'un locataire qui, par hypothèse, a le droit de sous-louer à une tierce personne. Il peut bien, sans doute, imposer de nouvelles conditions, de nouvelles charges, un nouveau prix de location, etc..., mais il ne peut conférer au preneur plus de droits qu'il n'en possède lui-même, et il ne confère précisément ces droits que tant et que parce qu'il les tient lui-même du propriétaire : aussi, pour être valable, aucune des stipulations insérées dans cette sous-location ne devra-t-elle être, directement ou indirectement, contraire au bail originaire. Si cette sous-location peut produire des effets, ce n'est pas seulement parce que les parties l'ont voulu, mais parce qu'elles se sont référées, au moins tacitement, à un acte antérieur qui est à l'origine et à la base même de leurs droits réciproques.

Ainsi, en matière contractuelle, la volonté se manifeste bien comme la *causa proxima*, la cause immédiate des droits des parties, mais l'existence et la concession de la loi sont virtuellement et tacitement reconnues : c'est la loi qui est, en ce cas, la *causa remota*, c'est-à-dire l'origine première et nécessaire de nos droits.

Section II

LA FACULTE D'ACQUISITION EN DEHORS DU CONTRAT

Mais, avons-nous dit, notre volonté peut, non seulement faire naître, par contrat, des rapports de droit et

des droits nouveaux, elle peut encore revendiquer, soit le bénéfice de l'action d'un tiers qui lui serait profitable, soit le bénéfice d'une disposition légale. Ce sont ces deux hypothèses que nous allons envisager, en recherchant si la manifestation de volonté individuelle intervient au moment de l'acquisition du droit ou seulement au moment de son exercice, si, en d'autres termes, c'est par elle que naît le droit à notre profit; ou si elle ne fait simplement que confirmer un droit qui nous est déjà acquis.

§ 1. *La volonté individuelle et l'action¹ d'un tiers.* —

Les actes juridiques, en principe, conformément à l'article 1119 du Code civil, n'ont qu'un effet relatif²; en conséquence, accomplis par une personne à qui un mandat n'en aurait pas conféré le pouvoir, ils ne sauraient ni nuire, ni profiter à autrui.

Et, par exemple, le porte-fort ne peut, par sa promesse engager une tierce personne; il s'oblige simplement à faire toutes démarches nécessaires pour rapporter la signature de cette dernière : l'obligation qu'il contracte est personnelle. Le tiers ne sera engagé que s'il consent à ratifier, c'est-à-dire à tenir l'engagement, à prendre pour son compte le contrat qui a été conclu³. De même, les actes accomplis par un mandataire, en dehors des termes de la procuration, ne produisent effet au profit du mandant que si ce dernier les ratifie, s'il

1. Le mot action est pris ici dans le sens d'acte juridique (*negotium*) et non pas de fait quelconque.

2. Il convient de rappeler toutefois que les « *contrats collectifs* » dérogent, dans une certaine mesure et moyennant certaines conditions à cette règle (convention collective de travail; décisions des assemblées générales d'actionnaires, concordat en cas de faillite, etc.).

3. Planiol, II, n^{os} 1020, suiv.

s'engage personnellement comme s'il y avait eu mandat et ce, en vertu de l'adage : « *ratihabitio mandato æquiparatur* ». En ce qui concerne le remploi fait par le mari, pour le compte de la femme, celle-ci, lorsqu'elle ne concourt pas à l'acquisition peut, à la dissolution de la communauté, opter entre le rejet ou la confirmation de l'acquisition faite par son mari.

En ce qui touche la gestion d'affaires, c'est-à-dire l'accomplissement par un individu qui n'en a pas été chargé, d'actes matériels ou juridiques dans le seul intérêt d'autrui, celle-ci ne produira effet que si elle a été utile, ou si elle a été ratifiée par le maître (art. 1375). Il faudrait même renverser l'ordre des deux termes et dire : la ratification est la condition générale de la consécration par le maître de la gestion d'affaires; l'utilité procurée au maître n'est qu'une condition spéciale qui, dans des cas particuliers, dispense de la ratification¹.

Quel rôle joue donc la volonté du tiers dans ces hypothèses? Dans la gestion d'affaires, sa volonté, manifestée par la ratification, se présente comme l'acceptation d'un droit déjà acquis; ce que l'on explique en disant que celle-ci produit un effet rétroactif. De même, lorsqu'à la dissolution de la communauté, la femme commune en biens opte pour l'acceptation du remploi effectué par son mari au cours de la communauté, son droit remonte au jour de cette acquisition : on est donc en droit de penser que celui-ci lui est acquis du jour où le remploi a été effectué, mais qu'il ne devient définitif et irrévocable qu'au jour de son acceptation.

On s'est demandé si l'acte par lequel le tiers accepte

1. Planiol, *op. cit.*, II, n^{os} 2273 s.; Cass., 16 juillet 1890, D. 91.I.49.

une stipulation pour autrui, dont il est bénéficiaire, constitue également une ratification. Il en serait ainsi si, avec Planiol, on considérerait que les actes accomplis par le stipulant sont assimilables à ceux accomplis par un gérant d'affaires¹. Certains auteurs pensent, au contraire, que la stipulation pour autrui étant une simple offre de contrat non encore acceptée, une pollicitation (Laurent), celle-ci ne devient contrat véritable que par l'acceptation; aussi faudrait-il admettre, si l'on adoptait cette opinion, que le droit du tiers ne naît qu'au jour de la manifestation expresse de sa volonté.

Mais tel n'est pas l'avis de la majorité des auteurs qui se rallie au système, bien préférable, de la création directe du droit du tiers². Par suite de l'adoption de ce système, il faut admettre que le droit du tiers est né indépendamment de sa volonté, qu'elle intervient seulement soit pour confirmer le droit déjà né, en le rendant définitif et irrévocable, soit pour le rejeter, auquel cas la renonciation doit être considérée comme une renonciation définitive au droit de renoncer (art. 1121, C. civ.).

Ainsi, dans ces hypothèses, le droit existe au profit d'une personne avant toute acceptation de sa part; il figure dans son patrimoine et il est, en conséquence, transmissible à ses héritiers (à moins qu'il ne soit exclusivement personnel), avant même que celle-ci ait fait acte de volonté. Mais cette existence n'est que provisoire; la non-acceptation, jouant pour ainsi dire le rôle d'une condition résolutoire, c'est seulement l'acceptation qui, équivalant à une confirmation, la rendra définitive;

1. Planiol, II, n^{os} 1209 suiv.

2. Colin et Capitant, *Cours élém. de Dr. civ.*, t. II, p. 326.

la non-acceptation devant être, au contraire, considérée comme une renonciation à un droit déjà acquis.

Il semble donc que, dans certains cas, une distinction doit être faite entre : 1^o l'existence (ou la « titularité¹ » provisoire) des droits; 2^o leur acceptation (ou leur « titularité » définitive), et 3^o leur exercice. L'intérêt de cette distinction entre l'existence du droit et son acceptation se manifesterait principalement à un double point de vue : 1^o tant que l'acceptation du tiers n'a pas eu lieu, l'existence du droit n'est que précaire puisqu'en matière de stipulation pour autrui, notamment, le stipulant peut révoquer son offre ou désigner un autre bénéficiaire; 2^o une loi nouvelle pourrait, sans être rétroactive, modifier les conditions d'acceptation d'un droit déjà existant et non encore accepté, tandis qu'elle serait rétroactive si elle portait sur les conditions de naissance ou d'existence même de ce droit.

§ 2. *La volonté individuelle et les dispositions légales*².

— Le législateur crée abstraitement des droits et des états : des droits, c'est-à-dire des prérogatives légales dont peuvent se prévaloir certains individus déterminés, à l'occasion de faits ou de circonstances également déterminés; des états, c'est-à-dire des situations juridiques dont peuvent ou doivent se prévaloir les individus, et comprenant non seulement un ensemble de droits, mais encore un ensemble de devoirs et d'obligations

1. C'est là un néologisme qui, s'il était admis, ferait ressortir nettement l'opposition entre le fait d'être titulaire d'un droit, et le fait de l'exercer (titularité, exercice).

2. Sur ce point, v. opinions des auteurs déjà cités, notamment Lassalle, Duguitt, Capitant et Modica; cf. *supra*, p. 109 et suiv. Ces questions ont dû déjà être envisagées en partie, pour déterminer la nature des facultés et leurs rapports avec les droits éventuels; cf. *supra*, p. 113 et suiv.

positives que la volonté ne saurait écarter parce qu'elles découlent de règles impératives et générales. Ainsi, le législateur crée le droit de la victime à la réparation du dommage causé et « l'état » (status) du père de famille, de l'époux, etc...

a) *Hiérarchie des états juridiques.* — Un état juridique général domine tous les autres : c'est celui de citoyen. C'est de lui que découlent les règles concernant la capacité, c'est-à-dire la possibilité d'acquérir des biens et des droits nouveaux ou d'exercer certains droits publics, politiques et privés. A défaut de cette qualité, le droit des gens est le seul bénéfice que puisse revendiquer l'individu.

Parmi les autres états, les uns peuvent être dits primaires, en ce sens que c'est de leur existence que découleront ou pourront découler d'autres états qui, précisément, parce qu'ils n'ont qu'une origine dérivée, pourront être appelés secondaires.

Ainsi l'état d'époux est un état primaire; l'état de père légitime, puisqu'il découle du mariage, est un état dérivé, donc secondaire.

b) *Acquisition des états juridiques.* — Quel rôle joue donc la manifestation de volonté dans l'acquisition des états juridiques?

Prenons le cas de l'état de citoyen (*status generalis*), le bénéfice en est acquis à l'individu, selon les cas, soit indépendamment de sa volonté, soit par une manifestation de volonté. Il est acquis en effet, *ipso facto*, par le fait même de la naissance, indépendamment de toute manifestation de volonté, et nonobstant toute volonté con-

traire, par le fait même de la naissance, si l'individu est, par exemple, né en France, de parents français; son acquisition nécessite, au contraire, une manifestation de volonté se traduisant par une demande de naturalisation, si l'individu est (pour prendre l'hypothèse inverse) né à l'étranger de parents étrangers.

L'acquisition des états primaires semble, au contraire, nécessiter, d'une façon générale, une manifestation quelconque de volonté. L'état d'époux, par exemple, n'est acquis que par une manifestation expresse et solennelle de volonté, résultant de l'acte de mariage; de même, l'acquisition de la qualité de père adoptif suppose une demande d'adoption; la qualité de père naturel suppose une reconnaissance (sauf le cas de reconnaissance forcée); l'acquisition du statut de patron ou d'ouvrier suppose la mise en œuvre volontaire d'une des branches de notre activité. La volonté, dans ces différentes hypothèses, appréhende en quelque sorte la loi et se place, de son plein gré, dans son cadre au moyen d'un acte juridique.

Si nous envisageons enfin les états secondaires, ils nous paraissent, contrairement aux précédents, découler mécaniquement et automatiquement des états primaires. Leur acquisition est liée à un fait (fait juridique), à la réalisation ou à l'accomplissement duquel aucune place n'est laissée à la volonté individuelle. Celle-ci sera libre seulement de les exercer ou de ne pas les exercer (restriction faite pour les droits-fonctions) et leur non-exercice équivaudra à un abandon, à une renonciation. Ainsi, du mariage découle nécessairement, si une naissance se réalise, l'état de père de famille; du décès de l'un des conjoints, l'état, pour le conjoint survivant, de tuteur des enfants nés du mariage (sauf excuses); de

l'admission par le tribunal des causes de séparation, l'état d'époux divorcé ou séparé de corps.

C'est ce que l'on énonce d'ordinaire en disant que certains actes (mariage, testament) sont habituellement la source d'un grand nombre de rapports juridiques. Ainsi que le déclare Roguin (*op. cit.* II, p. 272, 278), l'accomplissement de la prestation d'un rapport de droit entraîne juridiquement la naissance d'un ou de plusieurs de ces rapports.

c) *Les droits simples et complexes.*— Mais la loi, disions-nous, ne se borne pas à créer des états, dont elle fixe les prérogatives et les charges essentielles et permanentes ou seulement accidentelles ou passagères, elle confère, dans certains cas, aux individus des prérogatives isolées à l'occasion de faits juridiques déterminés.

Ainsi, à l'occasion d'un préjudice subi, elle donne à l'intéressé la qualité de victime, d'où naît le droit à une créance en réparation.

C'est là un droit qui, à première vue, paraît simple, unique; mais il n'en est pas toujours ainsi; bien souvent, la loi attribue à certaines personnes telle qualité susceptible d'engendrer des droits multiples et complexes; ainsi, à l'occasion d'un décès, elle confère à celui qui remplit les conditions légales, la qualité d'héritier, d'où naîtra, à son profit, une série de droits complexes; de même, par l'effet de l'accomplissement de la prescription elle donne au possesseur la possibilité de revendiquer la qualité de propriétaire qui engendrera de multiples pouvoirs.

d) *Rôle de la volonté dans l'acquisition de ces droits.*

— Le rôle joué par la volonté dans ces dernières

hypothèses est plus difficile à préciser. Le bénéfice légal est-il acquis du jour où l'évènement se réalise ou, au contraire, seulement du jour où l'intéressé a exprimé son intention d'en bénéficier ? En d'autres termes, la volonté intervient-elle au moment de l'acquisition des droits ou seulement au moment de leur exercice ?

En ce qui concerne le droit de la victime à réparation civile, la qualité de victime et le pouvoir qui en est la conséquence sont acquis du jour où le dommage a été causé. C'est le fait délictuel qui, *ipso facto*, a fait naître un droit subjectif à réparation; la volonté de la victime interviendra seulement, comme le dit M. Capitant, pour la mise en œuvre du droit.

De même, en matière de désaveu, l'action en déclaration doit être considérée non pas comme un moyen d'acquérir un droit nouveau, mais seulement comme la mise en œuvre d'un droit subjectif ouvert à dater du jour où l'enfant illégitime est né ou a été découvert. Le bénéfice de ce droit est perdu irrévocablement si, dans les délais fixés, l'action n'a pas été intentée. Le non-exercice aboutit donc et équivaut, en réalité, à la renonciation tacite à un droit acquis; mais tant que les délais ne sont point accomplis, la possibilité de la mise en œuvre du droit doit être respectée et la volonté du titulaire d'en bénéficier doit être présumée, jusqu'à preuve contraire. Et puisqu'en effet, en cas de décès, le droit du mari est transmissible de plein droit aux héritiers (art. 317), c'est donc bien qu'il figurait déjà dans le patrimoine du *de cujus* qui, cependant, par hypothèse, ne l'avait point encore ni revendiqué, ni exercé.

En ce qui concerne les droits héréditaires, la qualité d'héritier est acquise du jour de l'ouverture de la succession, sans aucune manifestation de volonté. C'est ce que l'on exprime implicitement lorsque l'on dit que l'acceptation a un effet rétroactif; elle se manifeste seulement, en effet, comme la confirmation d'un droit antérieur, comme l'exercice de la qualité héréditaire déjà acquise.

Mais, à ce sujet, il faut noter qu'une distinction — bien souvent omise — doit être opérée, entre l'exercice de la vocation héréditaire¹ et l'exercice des droits héréditaires ou successifs.

L'exercice de la vocation héréditaire, comme nous venons de le dire, permet soit de confirmer purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire la qualité d'héritier, soit de la répudier. Or, l'exercice des droits successifs, qui comprennent notamment les droits de vendre les biens héréditaires et de poursuivre les débiteurs de la succession, est tout autre chose; ceux-ci ne peuvent être exercés que si la vocation héréditaire l'a été au préalable et de façon affirmative. Je puis exercer ma vocation héréditaire, sans jamais exercer mes droits héréditaires, mais je ne puis exercer mes droits héréditaires qu'après avoir exercé ma vocation héréditaire. C'est là une vérité de toute évidence. Aussi, l'exercice des droits héréditaires, avant que d'avoir pris parti, impliquera-t-il nécessairement acceptation de la vocation héréditaire.

On s'est demandé si en acceptant la succession,

1. Sur l'exercice des droits héréditaires et l'acceptation tacite de la succession, consulter Planiol et Ripert, *Tr. prat. dr. civ.* (Maury et Vialleton) t. IV, n^{os} 215, 230 (et autorités citées), 287, 326 et suiv.

l'héritier n'acquiert pas un ensemble de droits qui l'assimileraient au titulaire d'un véritable « état » (*status*). Nous ne le pensons pas; il n'est soumis, en effet, par son acceptation, à l'accomplissement d'aucune obligation positive; il n'acquiert que des droits. Sans doute, il doit payer les dettes de la succession, mais cette obligation ne naît pas de son chef, elle résulte de ce qu'il est le continuateur de la personne du *de cuius*, elle est basée sur l'adage : « Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno » qui reflète un principe de justice et d'équité. On ne saurait dire, en effet, que partout où il y a des droits complexes » il y ait un « état » (*status*), malgré l'opinion de Duguit (L'Etat, le Droit objectif, p. 205) qui assimile la propriété à un état. Il n'y a état que s'il y a, à côté des faisceaux de droits, des obligations personnelles positives, qui ne sauraient être écartées sous aucun prétexte.

Aussi la question pourrait-elle être plus douteuse en ce qui concerne l'héritier bénéficiaire¹ qui contracte personnellement une obligation positive : celle de liquider la succession et qui, de ce fait, acquiert non seulement des droits, mais encore s'assujettit à une obligation spéciale « de faire », qu'il ne peut éluder.

On s'est également demandé quelle portée il fallait donner à l'art. 789 C. civ., et s'il fallait décider qu'au bout de 30 ans, c'était le droit d'option seulement ou les droits héréditaires eux-mêmes qui étaient prescrits². A ce sujet, la Cour de cassation a décidé, à plu-

1. Sur les effets de l'acceptation bénéficiaire, v. Planiol et Ripert, *Tr. prat. de Dr. civ.*, Maury, t. IV, n^{os} 401 et suiv.

2. Pour l'exposé des controverses doctrinales sur la prescription du droit d'option, v. Planiol et Ripert, *Tr. prat. Dr. civ.*, (Maury et Vialleton), t. IV, n^{os} 254 et suiv.

sieurs reprises, que l'héritier qui était resté inactif pendant plus de 30 ans, devait être considéré comme étranger à la succession et qu'il perdait, de ce fait, non seulement le droit d'option, mais encore le droit héréditaire lui-même¹; ceci indique bien que la Cour admet que la vocation héréditaire repose sur la tête de l'héritier dès le jour de l'ouverture de la succession, même à son insu, et malgré la maxime : « *contra non valentem agere non currit præscriptio* » et que son non-exercice entraîne la perte définitive des droits héréditaires.

Pour M. Hémar², c'est simplement la faculté de prendre parti qui se prescrit par 30 ans, et non pas le droit héréditaire; au bout de ce temps, le droit d'option entre l'acceptation pure et simple, l'acceptation bénéficiaire ou la renonciation ne peut plus être exercé. Aussi, selon cette opinion, l'individu, par le fait qu'il n'a pas exercé sa vocation héréditaire dans le délai de la prescription, sera-t-il, par l'effet de celle-ci, réputé acceptant, c'est-à-dire qu'il acquerra malgré lui des droits héréditaires. Comme le fait justement remarquer M. Hémar, il ne faut pas s'exagérer le danger d'une telle solution : « un héritier n'est considéré comme héritier pur et simple, comme acceptant malgré lui, que lorsque pendant 30 ans, rien ne lui a révélé l'ouverture de la succession à son profit, ce qui suppose l'inaction des créanciers successoraux pendant 30 ans et, en conséquence, l'extinction de leurs créances ».

1. Cass., 29 janvier 1862, D. 62. I.273; 23 février 1881, D. 81.I.195.

2. Hémar, *Revue trimestrielle Dr. civ.*, 1910, p. 453 et 1911, p. 481, suiv.

L'héritier a donc, par le fait de son inaction, par suite du non-usage de sa vocation héréditaire, acquis des droits héréditaires sans le vouloir : ce n'est point à un cas exceptionnel d'acquisition de droits sans manifestation de volonté. La solution préconisée par M. Hémard se rapproche singulièrement et s'identifie, en quelque sorte, avec celle qu'adopte le Code en ce qui concerne la femme commune en biens qui, si elle n'a pas fait inventaire dans le délai de trois mois et quarante jours après la dissolution de la communauté, est considérée comme acceptante¹, à moins qu'il ne s'agisse d'une femme divorcée ou séparée de corps, dont la renonciation serait, au contraire, présumée.

Enfin, pour terminer, et sans prendre parti sur la question, il faut rappeler brièvement qu'en ce qui concerne l'acquisition de la propriété par prescription, les auteurs admettent, contrairement aux textes des articles 712 (la propriété s'acquiert par prescription) et 2221 du C. civ. (la renonciation est « l'abandon d'un droit acquis »), que l'usucapion ne produit pas effet de plein droit, mais qu'elle doit être invoquée par le possesseur soit par voie d'action, soit par voie d'exception, au moyen de conclusions formelles prises devant le tribunal². Puisque la prescription n'entraîne et ne vaut, selon les auteurs, acquisition de la propriété qu'après une manifestation de volonté du bénéficiaire, « la renonciation à une prescription acquise n'est donc pas translatrice, mais abdiquative : c'est la

1. Art. 1359 à 1363, C. civ.; sur ces points, v. *Revue trimestrielle Dr. civ.*, 1909, p. 687, Gaudemet; Aubry et Rau, 4^e éd., § 517; Planiol et Ripert, *Tr. prat. de Dr. civ.* (Nast), t. IX, p. 110, 118 et 336.

2. Hémard, *Précis Droit civil*, I, 1015; Planiol, *Tr. élém. de Dr. civ.*, I, n^o 2708; v. art. 2223, 2224, 2225 C. civ.

reconnaissance du droit d'autrui », et bien qu'elle nécessite la capacité juridique d'aliéner, elle ne constitue pas une véritable aliénation, mais un simple manque à gagner; aussi la renonciation à une prescription acquise n'entraîne-t-elle ni paiement de droits de mutation, ni transcription au bureau des hypothèques.

Ainsi, de même qu'il y a lieu de différencier l'exercice des droits successifs de l'exercice de la vocation héréditaire, il conviendrait également, de l'avis des auteurs, de distinguer entre le droit d'invoquer et d'opposer la prescription et le droit d'opposer et d'invoquer les droits de propriétaire; l'acquisition du premier aurait lieu de plein droit, *ipso facto*; celle du second, au contraire, nécessiterait une manifestation formelle de volonté dont l'effet serait translatif.

*
* *

A l'aide des hypothèses que nous venons d'envisager, il semble donc — et ce sera notre conclusion — que nous sommes fondé à repousser aussi bien l'opinion qui décide qu'une manifestation de volonté est toujours nécessaire pour acquérir un droit que celle qui professe que la volonté intervient seulement lors de son exercice, puisque l'acquisition d'un droit a lieu tantôt par l'accomplissement d'un acte juridique dépendant entièrement et uniquement de notre volonté, tantôt, au contraire, comme suite et comme conséquence d'un fait juridique à la réalisation duquel notre volonté n'a pas concouru et n'a pas pu concourir.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque nous mani-

festons notre volonté pour acquérir un droit nouveau, cette manifestation est, en principe, indéfiniment libre : c'est ainsi qu'à toute époque et à tout moment je pourrai revendiquer la faculté de contracter, ou celle d'acquérir un état primaire nouveau (état d'époux, statut de père adoptif, etc...). Au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire quand notre volonté se manifeste pour exercer un droit, acquis en dehors de toute manifestation de volonté, ou pour l'appréhender définitivement et irrévocablement, cette manifestation doit avoir lieu dans les délais fixés, à peine de forclusion (action en désaveu) ou dans le temps de la prescription (action en réparation de la victime), faute de quoi le droit lui-même est éteint et sa « titularité » définitivement perdue, à moins qu'il ne s'agisse de l'exercice de droits facultatifs.

CHAPITRE II

Analyse de la faculté d'acquisition

La faculté d'acquisition s'identifie avec la capacité civile dont elle ne serait qu'un des aspects, et la liberté juridique dont elle ne serait qu'une des manifestations; elle se révèle, peut-on dire, comme un droit général, comme un droit égal pour tous, comme un droit inhérent à la personne, mais sujet cependant à certaines limitations.

I.— C'est un « droit général »

Dans un premier sens, on peut dire que c'est un droit général parce que les choses matérielles sur lesquelles peut s'exercer la faculté d'acquisition (et les nouveaux rapports de droit que sa mise en œuvre peut engendrer) sont indéterminées tant que la manifestation de volonté ne les a pas appréhendées et concrétisées au moyen d'un acte juridique. Et c'est ce qui a conduit certains auteurs à décider que la faculté d'acquisition ne constitue pas « un droit véritable ». Tel n'est cependant pas notre avis : si l'on remarque, avec Ahrens, que « le pur rapport de puissance sur une chose est, de sa nature, matériel et étranger à l'ordre juridique », on

doit en conclure que la détermination des choses sur lesquelles s'exerce un droit n'est pas un des éléments essentiels de la définition de celui-ci et qu'en conséquence, (alors même que les choses matérielles sur lesquelles cette faculté se concrétisera ne sont pas encore déterminées), la faculté d'acquisition est bien un droit véritable, puisque, d'une part, le titulaire est déterminé, et que, d'autre part, les sujets passifs sont constitués par l'ensemble des autres hommes, qui sont tenus de l'obligation, au sens large, de ne rien faire qui puisse entraver la réalisation de cette faculté¹.

Dans un second sens, on peut dire aussi que la faculté d'acquisition est un droit général, parce qu'elle se révèle, lors de son exercice, comme la « plateforme » qui permet aux particuliers de faire naître, de créer des droits relatifs et de transmettre des droits réels; elle est, peut-on dire, la condition médiate de l'exercice des droits ainsi créés ou transmis, au même titre que l'acceptation de l'hérédité qui, engendrant, elle aussi, des « possibilités » de droit, est la condition médiate d'exercice des droits successifs (poursuite des créanciers, paiement des dettes héréditaires, etc...).

Dans un troisième sens, on peut dire enfin que c'est un droit général, parce qu'il est universel, c'est-à-dire commun à tous les hommes qui en deviennent titulaires par le fait même de l'acquisition de la qualité de citoyen.

1. Sur ce point, v. Michas, *Le droit réel*, thèse, 1920, p. 290. Il faut noter, au surplus, qu'il y a des cas où il est communément admis qu'il y a droit véritable, bien que la chose matérielle ne soit pas encore déterminée et concrétisée, ainsi lorsqu'il s'agit d'une vente de récolte future, d'une vente de choses de genre, d'une vente à livrer, d'une vente de mar-

A défaut de cette qualité, la faculté d'acquisition n'en existe pas moins, mais elle est plus limitée; elle donne satisfaction seulement aux besoins primordiaux de l'individu, reconnus par le « droit des gens », par opposition aux « droits civils ». Ainsi, l'étrangère pourra acquérir le statut d'épouse mais, sauf réciprocité diplomatique, elle ne bénéficiera pas de toutes les prérogatives que la loi attache à cet état, notamment de l'institution de l'hypothèque légale.

II.— *C'est un droit égal pour tous*¹.

Comme le dit Roguin, une liberté de faire ou de ne pas faire, donc d'acquérir ou de ne pas acquérir, du moment qu'elle est garantie par la loi, est la « jouissance d'un droit absolu »; l'éventualité de son exercice s'impose au respect de tous les autres hommes au même titre que le respect de la liberté. Il serait, en effet, contraire à l'équité de gêner le développement d'une personnalité, « du moment que ce développement est normal, c'est-à-dire respecte le développement actuel, compris assez largement, des autres personnes² ».

Aussi toute personne est-elle « sous le coup du devoir de ne pas entraver la création et l'exercice de droits quelconques compétents à autrui et qui lui sont étrangers ». C'est ce que l'on peut appeler le devoir universel de non-intrusion, de non-immixtion, de non-ingérence.

Mais ce devoir de non-ingérence, de non-immixtion ne doit pas être confondu avec celui qu'engendrent

chandise non encore fabriquée; dans ces hypothèses, la chose est seulement déterminable.

1. V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 703.

2. Michas, *op. cit.*, p. 113.

les droits réels à l'encontre des tiers qui doivent non seulement ne pas entraver l'exercice du droit par son titulaire, mais encore ne pas porter atteinte à l'objet matériel du droit lui appartenant. Au surplus, ce devoir d'abstention dont il s'agit ici, ne diminue en rien les facultés légales des autres hommes, qui se le doivent mutuellement.

La faculté d'acquisition étant, en effet, égale pour tous, il y a, entre le devoir et le droit de chacun par rapport au devoir et au droit d'autrui, « une corrélation rigoureuse ayant pour effet de rendre tout le monde sujet actif et sujet passif à la fois, de sorte que chacun profite, quant à la liberté qui lui est laissée, après avoir subi la restriction imposée par la loi, de la même restriction chez tous les autres » (Michas). En matière de droit réel, au contraire, le sujet passif souffre une restriction de sa liberté imposée au profit du sujet actif, mais ce dernier n'est pas nécessairement soumis à la même restriction vis-à-vis du sujet passif.

Cette faculté d'acquisition est naturellement inviolable. Mais comme le fait remarquer M. Boistel¹, elle n'est inviolable que pendant qu'elle est en acte, en tant qu'elle pose « à un moment donné les actes d'où résultera l'acquisition d'une nouvelle propriété : la même inviolabilité ne saurait exister pour les actes futurs d'appropriation..., pour la simple possibilité d'un usage encore très douteux que la personne aurait peut-être d'acquérir un bien dans l'avenir ». Il serait absurde de déclarer que l'individu qui est en mesure de s'approprier un objet devrait s'arrêter « devant

1. *Cours philos. Droit*, p. 89.

la simple possibilité d'appropriation du même objet par un autre ».

Il faut cependant, continue Boistel, faire une réserve importante. Quiconque voudrait s'approprier une chose n'ayant aucune utilité pour lui, même dans ses prévisions légitimes d'avenir, « n'acquerrait pas légitimement cette chose, et encore violerait même le droit d'autrui. Il violerait la liberté juridique d'un autre homme, parce que son acte aurait pour but principal d'y porter atteinte ».

III.— C'est un droit inhérent à la personne

La faculté d'acquisition est un droit inhérent à la personnalité : elle naît, vit et meurt avec celle-ci; c'est ce que l'on développe en démontrant que ce droit est hors du commerce, donc incessible, intransmissible, imprescriptible, extrapatrimonial.

a) *Il est hors du commerce*¹. — La faculté d'acquisition se présente, en effet, comme inaliénable, insusceptible de convention, hors d'atteinte de la volonté humaine.

Aussi une renonciation générale n'en est-elle pas concevable; seule, une renonciation spéciale à l'occasion d'un fait précis, au profit d'une personne déterminée, et sur un bien désigné, demeure possible; en conséquence, un individu pourrait valablement s'engager à ne pas acquérir tel ou tel bien pendant un temps

1. E. Perreau, Droits de la personnalité, *Revue trimestrielle, Droit civil*, 1909, p. 501 et suiv.

fixé, mais il ne pourrait globalement renoncer à la faculté de contracter.

De même, l'on ne conçoit pas qu'une personne puisse donner à une autre mandat général et permanent d'acquérir en son nom : la représentation conventionnelle générale ne peut être admise; pour être valable, elle doit être spéciale, c'est-à-dire conférer seulement le pouvoir d'acquérir tel bien ou telle catégorie de biens déterminés.

Enfin, la faculté d'acquisition est incessible; cette cession, au reste, serait-elle possible qu'elle serait inutile puisque chaque homme possède de façon égale la faculté d'acquérir. Toutefois cette cession pourrait, par pure hypothèse, présenter une certaine utilité dans le cas où elle serait effectuée par un citoyen d'un pays, au profit d'un étranger désireux d'acquérir un bien dans ce pays, mais qui n'aurait pas le droit, à raison de textes formels, de réaliser cette acquisition. En pratique, la difficulté sera résolue et la prohibition tournée à l'aide soit d'un prête-nom, soit d'une personne interposée.

b) *Il est imprescriptible.* La faculté d'acquisition étant hors du commerce, la prescription extinctive ne lui est pas applicable; elle-même, elle est, pourrait-on dire, en dehors du domaine de la prescription, bien que sa mise en œuvre puisse donner et donne effectivement naissance à des droits prescriptibles. Aussi son exercice est-il indéfiniment renouvelable, et ne saurait-on, en conséquence, refuser à un individu le droit d'acquérir un droit nouveau, en raison de ce que, dans des circonstances analogues ou identiques, il aurait auparavant refusé cette même acquisition.

Une loi nouvelle pourrait cependant intervenir pour modifier, en les réglementant à nouveau, les modalités d'exercice de cette faculté. Mais cette loi ne porterait pas atteinte à la faculté d'acquisition, considérée en elle-même, en général, elle aurait seulement pour but de préciser, dans tel cas donné, les conditions d'acquisition *d'un* droit déterminé. C'est en ce sens que l'on peut dire que si la faculté d'acquisition est fixe dans son fondement, elle est cependant, par voie de conséquence et par contre-coup, changeante dans ses applications et variable dans son contenu.

c) *Est-ce un droit patrimonial ?* — On nie d'ordinaire que la faculté d'acquisition soit un « bien » pour nous et l'on décide, en conséquence, qu'on ne saurait la comparer avec un droit patrimonial¹.

C'est qu'en effet, le devoir d'abstention qui est imposé à l'égard de l'un à tous les hommes est dû mutuellement, et il ne semble pas qu'il puisse, de ce fait, figurer dans le patrimoine des individus comme un élément de passif; « personne n'aurait l'idée de l'inscrire dans ses comptes, de le traduire en argent » (ce qui historiquement, peut-être, serait inexact). Il est bien évident, en tous cas, qu'actuellement, ce devoir n'est point considéré comme un élément ni passif, ni actif de notre fortune.

Aussi M. Capitant, (Introduit. à l'étude du droit civil) déclare-t-il qu'il faut différencier ce devoir d'abstention de « l'obligation proprement dite, puisque,

1. Il ne s'agit pas ici de savoir si c'est un bien au sens de « bien économique » mais un bien, c'est-à-dire un avantage résultant de la situation du sujet actif vis-à-vis du sujet passif.

dans l'hypothèse qui nous occupe, ce devoir s'impose de droit commun, par respect de la liberté du voisin; et qu'il n'a — au contraire de l'obligation véritable —, « aucune valeur pécuniaire, et ne constitue pas un bien ».

Ce n'est pas à dire, toutefois, qu'en cas d'atteinte à la faculté d'acquérir, aucune indemnité pécuniaire ne puisse être due, puisque la masse doit laisser le titulaire retirer le profit, l'utilité que son droit lui attribue. Au moment de la mise en acte de la faculté d'acquisition, par suite des conflits possibles résultant de la coexistence des libertés, la responsabilité d'un individu pourra être engagée¹; l'expansion extérieure d'une personne est, en effet, non seulement limitée par la sphère des propriétés acquises par les autres personnes, mais encore par les actes que celles-ci font en vue de l'acquisition de nouveaux biens. Et, par exemple, dit Boistel (n° 89), serait responsable pécuniairement celui qui viendrait à tuer le gibier, poursuivi et serré de près par le chien d'un autre chasseur; il serait responsable non pas parce qu'il viole la propriété de ce chasseur, mais parce qu'il l'empêche de compléter l'acte qui est sur le point de le rendre maître du gibier.

4° *C'est un droit qui subit des limitations* : — Les principales limitations que doit subir la faculté d'acquisition, en supposant que l'individu jouisse de sa pleine capacité civile (de jouissance et d'exercice²), sont

1. V. E. Lévy, *La confiance*, 1889, p. 44.

2. Sur les incapacités de jouissance et d'exercice, les incapacités générales et spéciales, v. à titre d'exemples : loi 31 mars 1854; loi sur la mort civile; V. art. 225, 502, 1306 C. civ; en matière de donation : art. 907, 909, 995 C. civ.; V. également les art. 935, § 2, 499, 513, C. civ.

celles qui, en premier lieu, résultent des lois d'ordre public, lesquelles, fixant des règles impératives, servent de fondement à l'ordre social, politique, industriel et s'imposent d'une façon absolue.

Nous ne reviendrons pas sur ce point; nous rappellerons seulement qu'une convention par laquelle une personne aliénerait sa liberté personnelle, disposerait de sa personnalité, ou consentirait un engagement contraire à la liberté du travail devrait être annulée comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public¹.

Rappelons aussi, comme l'a fait remarquer M. Demogue, qu'on ne peut, par application du principe du respect des intérêts futurs, acquérir un droit perpétuel à l'encontre de la liberté d'autrui et que tout contrat engageant partiellement la liberté d'une personne est modifiable, résoluble, temporaire. Ainsi, on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (art. 1780), et la société peut finir, dans le cas prévu par l'art. 1865 C. civ. par la volonté d'un seul de n'être plus de la société. Et c'est de même, pour sauvegarder cette possibilité d'acquisition de droits futurs, que la loi dispose qu'on ne peut par avance renoncer à la prescription (art. 2220 C. civ.).

La faculté d'acquisition, en second lieu, est limitée par les droits acquis par les tiers; elle peut s'exercer seulement sur les biens non encore appropriés; c'est là une vérité d'évidence, mais sur laquelle les auteurs se sont cependant longuement étendus, pour démon-

1. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 269, 273.

trer à l'encontre de Grotius, et de la théorie de la communauté universelle primitive, que l'acte d'appropriation est légitime, et ne viole pas par lui-même le droit des autres hommes, du moment qu'il ne porte que sur une richesse dont ceux-ci ne faisaient rien, dont ils n'avaient pas physiquement la disposition, et qu'ils n'avaient pas en leur pouvoir¹.

Une troisième limitation apportée à la faculté d'acquisition, résulte de l'application qui peut lui être faite de la théorie de l'abus de droit. Quiconque contracterait dans le seul but de nuire à autrui n'acquerrait pas légitimement, disent certains auteurs, et commettrait une faute.

Et, à l'inverse, quiconque refuserait de contracter avec une tierce personne, non pas parce que l'affaire ne lui convient pas, mais dans le seul but de porter atteinte à la réputation et de faire subir une vexation, serait passible de dommages-intérêts, si ce refus injustifié avait eu pour effet de causer un préjudice direct et véritable².

La notion de fraude à la loi apporte enfin une dernière limitation à la faculté d'acquisition. En vertu de cette notion, on ne peut adapter consciemment et volon-

1. Boistel, *Cours phil. Droit*, chap. II, sect. I, n° 156; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 365 et suiv.

2. Sur l'abus du droit, V. aff. St-Gobain contre Etat, Cass., 7 mai 1902, *G. Pal.*, 1902, I, 787; Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905, D. 1906. 2, 105; D. 1920, 2, 32, note; Ripert, *Règle morale dans les obligations, de l'abus des droits*, p. 169 et *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906; Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*; *Revue trim. Dr. civ.*, 1925, p. 891; Morel, Du refus de contracter en raison de considérations personnelles, *Rev. trim. Dr. civ.* 1908, p. 289; Ricot, *Du refus de contracter*, thèse Paris, 1929. Pour l'exposé des doctrines sur l'abus du droit et le développement de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la forme matérielle d'abus des droits, on consultera utilement le *Traité théor. et prat. de Dr. civ.* de Baudry-Lacantinerie, suppl. par Bonnecase, t. III, Paris, 1928, n° 187, 201 et suiv.

tairement « des moyens licites en soi à des fins contraires aux commandements et aux interdictions de la loi¹.

Par application de ce principe, constitueraient une fraude à la loi le mariage contracté à l'étranger dans le but d'éviter toute publicité en France, par crainte des oppositions, et les aliénations ou les acquisitions inutiles et ruineuses consenties par un prodigue à la veille de recevoir un conseil judiciaire. De même (V. Thèse Desbois, page 13 et suiv.), pourrait être considérée comme une fraude à la loi, l'acquisition d'un fonds de terre boisé pour le mettre en coupe, par un individu qui achèterait d'abord la coupe, puis le fonds, et ce, en vue de réaliser une économie au point de vue fiscal. Il aurait, en effet, seulement à acquitter sur la valeur que représente la coupe, le montant de la taxe afférente aux valeurs mobilières à condition qu'il effectue la coupe dans un délai fixé par la loi, tandis que s'il avait réalisé en bloc ces deux acquisitions, il aurait eu à supporter la taxe immobilière plus onéreuse sur la valeur totale du fonds et de la coupe réunis.

Mais, comme le fait remarquer M. Desbois, la fraude à la loi est une notion dangereuse, « qui doit être maniée avec prudence »; aussi, si elle a bien été admise en droit international, a-t-elle subi un échec en droit interne où les textes « doivent demeurer le fondement des travaux du juriste ».

*
* *

Au sujet de la faculté d'acquisition, dont l'étendue est fixée par les règles concernant la capacité, nous

1. V. thèse Desbois, 1927, Paris, *Notion de fraude à la loi*.

avons donc établi, en particulier, les points suivants :

1^o Cette faculté ne constitue pas seulement un « pouvoir de vouloir », mais un véritable droit, un droit-pouvoir, en ce sens qu'elle contient en germe d'autres possibilités de droit.

Elle est inaliénable, imprescriptible; son exercice peut être indéfiniment répété, son non-usage indéfiniment prolongé n'en ferait pas perdre « la titularité ».

Elle se concrétise par un acte juridique, expression de la volonté individuelle (contrat, revendication d'un état primaire).

Elle relève autant du droit privé que du droit public; fixe dans son principe, elle est changeante dans ses applications;

2^o Mais l'individu acquiert fréquemment aussi des droits sans le vouloir, soit en raison d'une disposition légale qui lui est applicable de plein droit, soit par enchaînement logique, ainsi que nous en avons vu des exemples.

En ce cas, la manifestation de volonté intervient seulement au moment de l'exercice du droit ou de son acceptation définitive et irrévocable; elle est, dès lors, sujette soit à prescription soit à forclusion. Faute pour cette volonté de s'être manifestée dans les délais nécessaires, le bénéfice du droit est définitivement perdu pour son titulaire.

Mais, à moins qu'il ne s'agisse d'un droit-fonction dont l'exercice est obligatoire, l'acquisition du droit a pour condition « un vouloir possible de la part de ce titulaire, c'est-à-dire une libre détermination du sujet quant à l'opportunité de l'exercice de son droit »¹.

1. Roguin, *op. cit.*, II, 272, 279.

En d'autres termes, (et c'est ce que nous allons maintenant envisager) si, dans certains cas, un exercice actuel de la volonté n'est pas nécessaire pour devenir sujet de droit déterminé, le sujet de droit doit être nécessairement capable de prendre une décision à propos du droit qui lui a été attribué, pour l'abdiquer, le conserver, le faire valoir, ou en disposer.

TROISIÈME PARTIE

LES DROITS FACULTATIFS

L'analyse de la faculté d'acquisition ayant été ainsi effectuée, et les questions soulevées par *l'acquisition* de droits nouveaux ayant été ainsi résolues, il est logique d'examiner maintenant, et en suivant le même ordre d'idées, les questions relatives à *l'exercice* de droits déjà acquis et d'étudier, notamment, le principe de leur libre exercice, de la même manière que nous venons d'envisager celui de la liberté d'acquisition d'un droit nouveau.

Tout titulaire d'un droit quelconque, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, est libre d'en retirer ou de ne pas en retirer le profit qui y est attaché. Il jouit d'une liberté complète « quant à l'accomplissement ou à l'inaccomplissement de l'acte » qui, comme dit Michas, « forme la matière de l'objet ». Le ou les objets sont donc de ce fait, à la disposition arbitraire du sujet actif.

En d'autres termes, bien que le titulaire d'un droit soit en puissance juridique d'en user, il lui est toujours loisible de ne pas en user. Il bénéficie, pour ainsi dire, d'un large droit d'option lui permettant, soit de réaliser l'avantage inclus dans ce droit, soit de ne point le faire valoir.

Et alors même que la loi forcerait un individu à ne pas renoncer d'avance à un droit, ou plus exactement à l'éventualité de l'acquisition d'un droit (art. 2120), elle lui laisse cependant, ce droit étant acquis, le moyen soit d'y renoncer expressément, soit de ne point s'en prévaloir.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne saurait donc intervenir pour contraindre à la réalisation d'un droit : s'il en était ainsi, il n'y aurait plus droit, mais obligation.

Aussi, est-ce pour marquer cette liberté de l'individu, que les auteurs employaient souvent, pour définir le droit, le mot « faculté ».

C'est Rosmini, par exemple, qui déclarait : « Le droit est une faculté de faire ce qui nous plaît, protégée par la loi morale, qui en ordonne aux autres le respect¹ ». C'est Beudant qui dit encore : « Les droits sont des facultés ou prérogatives d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire ou d'exiger quelque chose² ».

Les mêmes termes se retrouvent dans Courcelle-Seneuil³, Fouillée, Belime, Franck⁴, et dans le Code civil Portugais (art. 366)⁵.

Mais nous avons dit ce qu'il fallait penser de cette terminologie, qui, au fond, a pour but unique de différencier droit et obligation, ce qui n'est pas suffisant, ainsi que nous l'avons montré, pour justifier l'emploi du terme « faculté ».

1. *Della natura del diritto*.

2. *Le droit individuel, et l'Etat* p. 13.

3. *Prép. Etude du droit*, p. 398.

4. V. Boistel, *Cours philos. du droit*, p. 3.

5. Sur la définition du Droit et la notion de Droit, v. Bekker (*Jahrbuch für dogmatik*, t. XII, chap. 1^{er}). Ihering, Leonhard, cités par Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 325 et suiv.

Sans doute, en principe, l'exercice de tout droit est libre, mais : 1° il y a des cas où cependant cet exercice est obligatoire; il s'agit alors de droits-fonctions; 2° Dans l'extrême majorité des cas, cette liberté d'exercice est limitée dans le temps; 3° Exceptionnellement, cet exercice est *indéfiniment* libre (et c'est là seulement où l'emploi du mot « faculté » est suffisamment justifié).

Examinons successivement ces trois hypothèses avant de nous attacher exclusivement à l'étude de la dernière.

1. *Les droits-fonctions*¹. — Lorsqu'il s'agit d'un droit-fonction, son exercice est obligatoire. Bornons-nous, sur ce point, à quelques remarques :

On doit entendre par droits-fonctions, l'ensemble des prérogatives dont l'exercice, sous peine de sanction, est obligatoire pour le titulaire.

Ils sont assez fréquents en droit administratif où le fonctionnaire a souvent, à la fois, le droit et le devoir; droit à l'égard de ses inférieurs ou des administrés, devoir vis-à-vis de ses supérieurs ou des administrateurs.

C'est ainsi que, sans entrer dans une énumération détaillée, le Ministère public, dans certains cas, non seulement peut, mais doit agir; que le tribunal non seulement peut, mais doit juger, à peine de déni de justice; que la police peut et doit protéger les parti-

1. Par droits-fonctions nous entendons l'ensemble des droits qui, faisant partie intégrante d'un état juridique, doivent être obligatoirement exercés. Aucun rapprochement ne peut donc être fait avec les « droits-fonctions » dont il est question chez certains publicistes (Hauriou, Duguit). Sur le droit-fonction, tel que nous l'entendons, cf. David, thèse 1929, *Protection des minorités dans les Sociétés par actions*, n° 47. L'auteur remarque justement que ce sont des « officia » soumis au contrôle de l'autorité publique.

culiers; que le service militaire est non seulement un honneur, un droit, mais un devoir.

En droit civil les droits de puissance, d'autorité, c'est-à-dire certains droits résultant de la puissance paternelle, tutélaire et même maritale, sont de même des droits-fonctions¹.

Le père, par exemple, a le droit-fonction de prendre soin, c'est-à-dire de surveiller, de garder, d'éduquer ses enfants. Vis-à-vis des tiers c'est bien un droit; c'est-à-dire, lui seul, à l'exclusion de tout autre, a compétence et qualité pour déterminer les modes et degrés d'instruction des enfants. Il choisit librement les moyens et jouit, de la sorte, d'un espèce de pouvoir discrétionnaire, mais, vis-à-vis des enfants et de la famille, il est tenu d'une obligation. L'enfant a un droit contre le père. L'inaccomplissement, par ce dernier, de ses obligations peut entraîner perte et déchéance de la puissance paternelle².

Si la distinction entre droit-fonction et droit n'a pas été nettement opérée jusqu'à ce jour, c'est à la suite de la confusion créée dans les esprits, par l'emploi dans les textes du mot « pourra, » qui, comme nous l'avons montré³, tantôt ouvre un droit véritable conférant la possibilité d'agir ou de ne pas agir (pouvoir discrétionnaire au sens large) tantôt, au contraire impose un devoir, laissant seulement le choix entre différents moyens pour le remplir (pouvoir discrétionnaire au sens limité),

1. La majorité des droits conférés au conseil de famille vis-à-vis du mineur ou du tuteur sont également des droits-fonctions.

2. Sur la puissance paternelle : son contenu (droits et charges), son contrôle par les tribunaux et sur la critique du mot « puissance paternelle », v. Planiol et Ripert, *Traité prat. Dr. civ.* (Savatier), I, n^{os} 299, 300, 302, 308, 330.

3. Sur la critique du mot « pourra » et sur le pouvoir discrétionnaire, cf. *supra*, p. 12.

tantôt enfin impose une véritable obligation sans même laisser aucun choix des moyens (cf. art. 323 C. civ.).

Le droit-fonction est cependant formellement reconnu par les textes, dans les hypothèses, peu nombreuses, où les mots « pourra » et « devra » coexistent, ainsi dans l'art. 190 C. Civ. qui dispose que le Procureur de la République peut et doit demander la nullité du mariage dans tous les cas auxquels s'applique l'art. 184 C. civ. (V. art. 508, autre sens).

Le Code allemand, sur ce point, est beaucoup plus précis que le nôtre et permettrait mieux l'élaboration d'une théorie générale, en partant d'une base non pas doctrinale, mais législative.

a) Vis-à-vis du père :

§ 1627 — « Le père, en vertu de la puissance paternelle, a le *droit* et le *devoir* de prendre soin de la personne et du patrimoine de l'enfant ».

§ 1631 — « Le soin de la personne comprend le *droit* et le *devoir* de faire l'éducation de l'enfant.

b) Vis-à-vis de la mère :

§ 1634 — « Tant que dure le mariage, la mère a concurremment avec le père le *droit* et le *devoir* de prendre soin de la personne de l'enfant.

c) Vis-à-vis du tuteur :

§ 1800 — Le *droit* et le *devoir* du tuteur de prendre soin de la personne du pupille est réglé par les dispositions sur la puissance paternelle.

Dans toutes ces hypothèses, le titulaire du droit — si véritable droit il y a — est obligé d'user de ses prérogatives, sous peine d'engager sa responsabilité.

2) *Droits dont la liberté d'exercice est limitée dans le temps.* — Si une contrainte imposant directement l'exercice d'un droit n'est pas concevable (sauf en ce qui concerne les droits-fonctions), une contrainte indirecte résultant de l'expiration de certains délais, (prescription ou forclusion) est cependant applicable.

Cette inclusion de l'exercice de nos droits dans un certain laps de temps est de règle. Elle s'applique à tous nos droits, aussi bien aux droits de créance qu'aux droits réels (sauf ceux concernant la propriété), aussi bien aux droits d'origine conventionnelle qu'à ceux qui dériveraient directement de la loi¹.

C'est là une vérité fondamentale sur laquelle nous n'avons pas à insister. Le droit doit être exercé dans les délais de la prescription, faute de quoi l'inaction assimilable, à tort ou à raison, à une négligence fautive, en fait présumer l'abandon et la renonciation. Il en est de même lorsque, pour des raisons, non plus d'ordre économique, mais d'ordre public et d'intérêt général, l'exercice d'un droit est enfermé dans un délai préfix (art. 205, 559, 1622 C. civ.) : l'expiration de ce délai entraîne, à lui seul, déchéance et forclusion.

Ainsi donc, il est de règle que l'exercice de nos droits est libre, mais il est de règle aussi que cet exercice est limité dans le temps.

3. *Droits dont la liberté d'exercice est illimitée dans le temps.* — Mais ne convient-il pas cependant d'apporter à cette seconde règle, un certain nombre d'exceptions ? N'y a-t-il pas des droits qui, par leur nature même ou par

1. V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, 1924, I, p. 438 n° 585.

leur destination, peuvent être exercés indéfiniment, et doivent, comme tels, être en dehors du domaine de toute prescription ?

Nous avons répondu déjà à cette question et affirmativement. Nous avons reconnu, en effet, qu'en dehors des droits conventionnels ou des droits légaux créés ou conférés à l'occasion d'un fait déterminé, il y avait certains droits qui se révélaient comme la « conséquence d'une situation que la loi entend protéger pendant tout le temps de sa durée », comme l'accessoire inhérent d'une condition juridique permanente; droits qui sont donnés pour répondre à des besoins généraux et essentiellement variables et qui puisent leur origine dans un titre qui semble se renouveler chaque jour.

Ces droits-là, nous les avons appelés et nous les appelons « droits facultatifs », pour marquer l'opposition qui existe entre eux et les droits prescriptibles, et pour indiquer, en conséquence, que leur exercice est indéfiniment libre, qu'on en demeure titulaire bien qu'on n'en ait jamais usé, et qu'un tiers n'acquerrait rien par le seul fait que le titulaire ne les exerce pas¹.

Mais ces droits facultatifs doivent-ils être considérés, chacun en ce qui les concerne, comme autant d'exceptions isolées à la règle de la prescriptibilité des droits ? N'y a-t-il pas lieu, au contraire, de les grouper en une famille homogène ? est-il possible, du moins, d'en opérer un certain classement qui soit à la fois méthodique et satisfaisant ?

Sur ce point, nous croyons que si, d'une part, il est

1. Le terme droit facultatif ne doit point surprendre : il a été employé timidement, il est vrai, soit par les auteurs, soit par la jurisprudence V. notamment D. 30, I, 227; Troplong, *Prescript.*, I, 112, 121.

impossible de considérer les droits facultatifs comme de simples exceptions isolées à la règle de la prescriptibilité, étant donnée l'existence entre eux de certains traits communs, il est, d'autre part, bien délicat de les rattacher tous à une seule et même catégorie, étant données les différences d'aspect, de caractère et d'origine qui les séparent néanmoins.

Pour opérer un classement entre les droits facultatifs, les auteurs distinguent d'ordinaire entre ceux qui protègent la liberté individuelle et ceux qui sont attachés à la propriété, mais c'est là, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, une différenciation, qui, si elle est exacte, est cependant insuffisante.

Aussi, préférons-nous une autre division. Il faut remarquer, en effet, que parmi les droits facultatifs, les uns se rattachent à une situation juridique qui est hors du commerce, et qui, comme telle, ne peut directement et en elle-même (mais seulement par voie de conséquence) être une source de profits pécuniaires, tandis que d'autres sont, au contraire, l'accessoire soit d'un droit complexe, dont chacune des prérogatives qu'il renferme représente une valeur négociable, soit même d'une situation juridique, qui bien qu'étant, en elle-même, hors commerce, engendre cependant certains profits, dont elle est à l'origine immédiate et directe.

Ainsi, avons-nous deux catégories de droits facultatifs : ceux qui sont évaluables en argent, monnayables, pour ainsi dire, et ceux qui ne le sont pas. Il y a donc lieu, en conséquence, de distinguer parmi les droits facultatifs : 1) les droits facultatifs hors du commerce; 2) les droits facultatifs dans le commerce. C'est ce qui fera l'objet des deux chapitres qui vont suivre.

CHAPITRE PREMIER

Les droits facultatifs hors commerce

Nous envisagerons successivement les principaux cas d'application des droits facultatifs hors commerce et les caractères essentiels et communs qu'ils présentent.

Section 1 : Principaux cas d'application.

Section 2 : Caractères.

Section I

PRINCIPAUX CAS D'APPLICATION

Les droits facultatifs dont il s'agit — non évaluables en argent — se révèlent comme l'accessoire d'une situation juridique permanente, commune à tous les hommes. Ils se rattachent, en conséquence, à l'étude de la liberté individuelle, et à celle des droits de la personnalité. Ils comprennent les droits : 1° de l'individu considéré comme « entité » (respect de son individualité soit morale, soit intellectuelle, soit physique); 2° de l'individu considéré comme membre de la société et de la cité; 3° de l'individu considéré enfin comme membre de la famille.

Nous les envisagerons successivement sous les deux rubriques suivantes :

a) Les droits facultatifs attachés à la qualité d'homme et de citoyen (*status civilis*).

b) Les droits facultatifs attachés à la qualité de membre de la famille (*status familiæ*).

A) Droits facultatifs attachés à la qualité d'homme et de citoyen.

On divise d'ordinaire ces facultés en droits civils et en droits des gens; les premiers appartenant à tout national, les seconds à tout individu quelle que soit sa nationalité. Leur étude relève surtout du droit public; aussi voudrions-nous simplement émettre, à leur sujet, les deux propositions suivantes : 1° les libertés publiques sont des droits facultatifs; 2° et plus spécialement, les actes accomplis sur le domaine public sont l'exercice d'un droit facultatif.

1° *Les libertés publiques sont des facultés.* — Elles constituent ce que l'on appelle « les droits individuels, les droits primordiaux, les droits imprescriptibles ». Elles reposent sur l'idée d'égalité devant la loi, devant l'impôt, devant la justice; elles appartiennent également à tous : elles sont inaliénables, imprescriptibles; (Laurent, § 228). Nécessaires à tous, elles ne sauraient être perdues par le non-usage.

La liste — progressive au cours de l'histoire — en a été dressée bien souvent par les auteurs. Elles comprennent dans l'ordre matériel : 1° la liberté individuelle au sens strict du mot, comprenant le droit d'aller et venir, le droit à la « sûreté »; 2° la propriété individuelle et la liberté d'appropriation (déjà étudiée); 3° l'inviolabilité du domicile privé et la faculté d'en changer; 4° la liberté du commerce, du travail et de l'industrie;

dans l'ordre moral : 1) la liberté de conscience et la liberté du culte; 2) la liberté de réunion et de la presse; 3) la liberté d'association et d'enseignement.

Ces libertés individuelles limitent les droits de l'État vis-à-vis de l'individu, mais ne lui imposent aucun service positif. On ne saurait donc y faire entrer le droit à l'assistance, le droit au travail, à l'instruction qui seraient constitutifs d'un devoir pour l'État et ne sauraient cependant engendrer aucun droit propre au profit de l'individu.

La tendance se manifeste à appeler ces « droits civils » « droits sociaux ou publics », par opposition aux droits politiques proprement dits (droit à l'électorat et à l'éligibilité, etc...); et ce ne serait pas là une simple opposition de termes, puisque les seconds sont accordés aux citoyens moyennant certaines conditions d'âge, de sexe, etc..., alors qu'au contraire les premiers appartiennent, en principe, à tous individus qui composent la nation, et qui, à défaut de la capacité d'exercice ont du moins la capacité de jouissance¹.

Les libertés publiques ont pour corollaires les droits individuels de chacun, considéré comme une entité : droit à la vie, à la santé, à l'honneur, à l'intégrité corporelle, etc..., droits qui s'imposent au respect de tous. Elles sont, au reste, imparfaitement définies, et une énumération complète en serait impossible : on ne saurait, à un moment donné, prévoir par avance toutes les manifestations possibles et nouvelles de la vie collective.

La plupart, d'ailleurs, engendrent d'autres libertés; la liberté du travail peut engendrer la liberté inverse :

1. Sur tous ces points, V. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, éd. 1921, t. I, p. 548 et suiv.

celle de ne point travailler et notamment de faire grève; la liberté du commerce entraîne la liberté des prix et des fabrications; la liberté de conscience, celle du culte et des funérailles.

Dans les constitutions modernes, les droits individuels furent reconnus sous deux formes : 1^o dans les déclarations de droits, ou 2^o dans les garanties des droits.

Les déclarations des droits sont purement et simplement des déclarations de principe.

La Constitution de 1875 ne contient ni l'une ni l'autre, non pas parce que ces droits furent répudiés par l'Assemblée nationale, mais parce qu'au contraire ils apparurent comme un patrimoine définitivement acquis au peuple français.

On considère généralement qu'ils sont antérieurs et supérieurs au législateur, que celui-ci ne pourrait donc les violer, mais seulement en garantir l'exercice qui ne saurait être ni illimité, ni préjudiciable à autrui, ni contraire à l'ordre public. Mais aucune sanction ne saurait être prise en cas de violation; aucun recours, aucune garantie n'est donnée à l'individu contre le législateur. Aussi, les diverses limitations qu'il apporte à la libre manifestation de notre activité, sous le couvert des « lois de police », peuvent-elles être, dans certaines circonstances, considérées, à juste titre, comme des limitations arbitraires constituant, en réalité, une véritable négation et la suppression d'une ou de plusieurs libertés individuelles.

Pour en terminer sur ce chapitre, nous voudrions remarquer que l'exercice des libertés individuelles, tantôt ne nous fait acquérir aucun droit nouveau, tantôt, au contraire, entraîne nécessairement la naissance

de nouveaux rapports de droit. Ainsi, lorsque j'use de la liberté d'aller et venir, je n'acquiers aucun droit, je me sers simplement de ce qui est du domaine commun, comme disait Dunod; au contraire, lorsque j'exerce ma liberté de travail, ou celle de faire le commerce, je contracte, j'achète, je vends et j'acquiers par là même des droits nouveaux; la mise en œuvre de ces libertés est donc bien une source de droits.

2° *Les actes accomplis sur le domaine public sont l'exercice d'un droit facultatif.*

Les actes accomplis sur le domaine public qui, étant affecté à l'usage de tous, est inaliénable et imprescriptible, sont l'exercice du droit facultatif d'aller et venir¹.

La question de savoir (et c'est le seul point qui nous intéresse) si c'est à titre de servitude ou à titre d'usage que nous accomplissons ces actes est vivement discutée.

1. *Est-ce l'exercice d'une servitude ?* — Certains auteurs soutiennent que les actes accomplis sur le domaine public constituent l'exercice d'une véritable servitude. Mais cette conception paraît insoutenable puisque la servitude, d'après sa définition même, est une charge imposée à un fonds au profit d'un autre fonds, qu'elle suppose un fonds dominant et un fonds servant, et qu'elle se perd par non-usage (art. 706.)

Ce fut surtout en matière d'accès des riverains sur la voie publique que le problème se posa.

Les Cours d'Appel d'Orléans² et de Caen³ avaient

1. Sur la définition du domaine public, v. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1923, p. 422; Hauriou, *Précis Droit administratif*, 1926, p. 295 et suiv.

2. 30 juillet 1861, S. 62.2.28.

3. 16 novembre 1874, S. 76.2.84.

décidé que le fait, pour un riverain, d'ouvrir une porte ou une fenêtre donnant sur la voie publique constituait effectivement l'exercice d'une servitude. Telle était également l'opinion de Demolombe¹ et de Laurent², basée sur la raison que l'administration ne conservait la faculté d'établir un nouveau plan d'alignement, de déclasser la voie, ou même d'en vendre le sol, que moyennant le paiement d'une indemnité. Mais la jurisprudence postérieure se prononça en sens contraire, remarquant, à juste titre, que cette créance n'est qu'un droit relatif qui, au contraire du droit réel, ne comporte pas droit de suite, qu'elle n'est que la réparation d'un préjudice subi, qu'elle trouve son origine dans le contrat tacite résultant de la délivrance de l'alignement³.

Il convient au surplus de noter, à ce propos, que le Tribunal des Conflits a décidé, avec la majorité des auteurs, qu'aucune servitude ne saurait être constituée sur le domaine public, alors même que son exercice ne serait pas incompatible avec l'usage de ce domaine⁴. Et c'est pourquoi il faut en conclure que les droits d'accès et de vue des riverains sur le domaine public ne sauraient être d'une autre essence, ou d'une autre nature, que ceux dont jouit tout particulier, conformément à la destination même de ces voies publiques.

2. *Est-ce l'exercice d'un droit d'usage ?* — Certains auteurs ont prétendu que le droit de jouissance des particuliers, s'il n'était pas une servitude, serait, du

1. *Cours du Code Napoléon*, XII, n° 699.

2. *Principes du Droit civil*, VII, n° 136.

3. V. notamment Civ. Cass., 25 février 1880, S. 1881.I.167; Conseil d'Etat, 18 juillet 1884, D. P. 1886.III.15.

4. V. Tribunal des Conflits, Arrêt Redor, 26 mai 1894; sens contraire, Planiol, 7^e éd., I, n° 2881.

moins, un véritable « droit d'usage ». Mais rien, à notre avis, n'autorise une telle assimilation. L'usage, en effet, est un droit réel, qui comporte non seulement le *jus utendi*, mais encore un certain droit sur les fruits, un *jus fruendi* limité. C'est un « petit usufruit ».

Il n'est jamais établi par la loi; en cas d'abus, il est soumis à déchéance et il subit l'effet de la prescription extinctive. Or ici il n'y a rien de tel : le droit de passage sur la voie publique n'est jamais établi par convention; il ne comporte, en lui-même, aucun *jus fruendi*, il n'est sujet ni à déchéance, ni à prescription. Est-il même un droit réel ? M. Berthélémy le conteste, puisque, dit-il, (mais la question est controversée), le domaine public ne saurait être grevé d'aucun droit réel¹.

3. *Nature de ce droit.* — Les actes accomplis sur le domaine public constituant, à notre avis, non pas l'exercice d'un droit d'usage ou d'une servitude, mais celui d'une faculté générale et commune à tous les hommes.

Et c'est précisément pourquoi le fait pour une personne d'avoir passé constamment par une voie publique ne saurait lui conférer le droit de s'opposer à ce qu'une autre, qui s'en est abstenue jusque là, use de la même faculté, ni lui faire acquérir aucun droit privatif ou exclusif²; et c'est également la raison pour laquelle la faculté de passer ne s'éteint pas par non-usage, mais subsiste tant que la chose conserve sa destination.

En d'autres termes, les actes par lesquels on use du

1. Berthélémy, *op. cit.*, p. 345; Hauriou, sens contraire, note sous Conseil d'Etat, 25 mai 1906, Ch. fer Orléans, S. 1908.III.65.

2. Dunod, *Traité des prescript.*, p. 74; de Loynes, *Revue critique*, 1889, n° 21.

domaine public sont inefficaces pour fonder une acquisition par prescription, soit de la propriété, soit d'une servitude quelconque (Tribunal des Conflits, arrêt Redor précité) à un double point de vue : intrinsèquement à raison de leur nature, extrinsèquement à raison de ce que la chose sur laquelle ils s'exercent est affectée à l'usage de tous et est hors du commerce (art. 2226); et les actes accomplis à titre privatif, sur le domaine public, sans permission de l'administration sont réputés effectués à titre de pure tolérance¹.

Cette faculté de passage sur le domaine public n'est pas autre chose que l'exercice de la liberté : elle ne confère donc que des pouvoirs généraux. Aussi doit-elle céder, à tout moment, devant les droits acquis ou devant l'acquisition par les tiers de droits positifs. En aucun cas, elle ne saurait entrer en conflit avec eux. Et c'est ainsi, comme nous le verrons, que la faculté de puiser de l'eau et le « droit d'accès » à une rivière seront limités par les droits acquis par les riverains et que, de même, la faculté de passage sur une voie publique le sera par le droit de jouissance exclusive, reconnu par l'Administration à un concessionnaire de travaux publics.

Mais si le droit exclusif et privatif du tiers reposait non pas sur une concession (contrat synallagmatique lui reconnaissant des droits, moyennant redevance), mais sur une simple permission (faveur exercée à titre de tolérance), comme c'est le cas en matière de permissions de voirie non conformes ou contraires à la destination du domaine public, la faculté de passage du public ne saurait être pareillement limitée. De cette permission

1. Il en serait ainsi notamment, si une cave avait été creusée sous une voie publique (Pand. belges, *Encyclopédie*, V. Tolérance).

accordée par l'administration, ne dérive pas, pour le titulaire, le droit de gêner quelqu'un; aussi ceux-là, qui subiraient un préjudice par suite d'une telle occupation, même autorisée, pourraient-ils, à moins d'habitudes ou d'usages locaux contraires, en demander réparation devant les tribunaux¹.

La jurisprudence tempère et atténue cependant indirectement le principe que nous venons d'énoncer; elle admet, en effet, que cette précarité, découlant, soit d'une faveur expresse, soit d'une tolérance tacite, n'est pas un vice absolu et elle reconnaît, en conséquence, au bénéficiaire d'une telle permission, le droit d'intenter une action possessoire contre tout particulier qui en troublerait l'exercice. Aussi, peut-on dire que, en ce sens, la permission ou la tolérance est opposable aux autres usagers².

Mais elle ne peut naturellement engendrer possession suffisante, pouvant valoir contradiction vis-à-vis de l'Etat. Toute contradiction est impossible. Dunod et d'Argentré (art. 266, cap. 8, Cons. 2) admettaient cependant le contraire, lorsque les contradictions étaient bien expresses ou qu'on avait tenu le bien public de temps immémorial. Mais c'est là une opinion qui doit être rejetée : on ne peut prescrire, même de temps immémorial, contrairement à la destination des choses publiques qui, en elles-mêmes, sont imprescriptibles et hors du commerce.

1. Cons. d'Etat, 19 mars 1880, S. 1881.III.67; note sous arrêt Cassation, 9 juin 1885, D. 85.I.445.

2. V. Cass., 25 juillet 1887, S. 89.I.67; Japiot, *Rev. trim. Dr. civ.* 1912, p. 257 et suiv.

B) Droits facultatifs attachés à la qualité de membre de la famille. — Au *status familiæ* se rattachent d'importantes prérogatives et de nombreux attributs, dont les uns sont seulement temporaires et passagers, mais dont les autres, les plus nombreux, sont permanents et durent autant que le lien familial lui-même qu'ils sont précisément destinés à protéger, à garantir et à sauvegarder.

C'est ainsi que l'individu, en tout temps, a le droit de revendiquer la correspondance familiale, les armoiries et plus spécialement le droit au nom; qu'il est toujours fondé, soit à réclamer une pension alimentaire, soit à revendiquer ou à contester un état non conforme à la vérité¹.

Sans trop nous attarder sur ces points, et délaissant la question des droits-fonctions qui, eux aussi, sont des attributs qui durent autant que la situation juridique à laquelle ils sont annexés, nous voudrions simplement poser quelques remarques, en ce qui concerne les actions d'état, d'une part, et le droit au nom, d'autre part.

§ 1. *Les actions d'état.* — Le principe est le suivant : on a toujours la faculté de réclamer son état véritable et de contester celui qui n'est pas conforme à la réalité.

Ceci peut résulter et résulte, en effet, de l'art. 328, C. civ., qui dispose que l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant; texte dont la portée doit être généralisée et étendue.

On a soutenu que si cette action était imprescriptible, c'était parce qu'elle était basée sur un intérêt purement

1. Sur la controverse concernant la prescription de l'action en divorce, cf. Planiol, *op. cit.*, éd. 1923, I, n° 1204 et les auteurs cités.

moral, mais que, comme toutes les actions d'état, elle deviendrait prescriptible si elle était fondée sur un intérêt purement pécuniaire¹. C'est là un raisonnement qui, s'il est exact en tant qu'il vise l'exercice d'actions conférées en vue de sauvegarder uniquement les droits pécuniaires d'une filiation déjà établie (comme c'est le cas dans l'action en pétition d'hérédité qui, garantissant uniquement des intérêts pécuniaires, est éteinte par la prescription), est insuffisant et inexact en ce qui concerne les actions dont le but essentiel est d'*abord* d'établir ou de contester un état : aussi, bien que le but poursuivi par l'enfant puisse être principalement pécuniaire, son action en réclamation ou en contestation d'état n'en demeure-t-elle pas moins imprescriptible. Et, au surplus, il est impossible de poser en principe et *a priori* que l'enfant agit uniquement dans un intérêt moral, tandis que ses héritiers seraient guidés par le seul intérêt pécuniaire; en fait ces deux intérêts sont et demeurent confondus.

Il est donc préférable d'énoncer, sans tenir compte de cette opinion, les deux principes qui dominent la matière : 1^o les actions d'état sont imprescriptibles, mais, pour des raisons d'ordre public ou d'intérêt général, certaines d'entre elles sont soumises à déchéance; 2^o les actions en réclamation d'état sont intransmissibles activement, parce qu'elles sont données en vue de l'établissement d'une qualité personnelle à l'intéressé.

Vérifions rapidement ces deux principes, en envisageant les exceptions qui y sont apportées².

1. De Loynes, *Rev. crit.*, 1889, n^o 9.

2. Sur tous ces points, v. Hémard, *Précis de Dr. civ.*, I, n^{os} 555 et suiv.; Planiol, *op. cit.*, I, 1363 et suiv.; Planiol et Ripert, *Tr. prat. de Dr. civ.* (Rouast), t. II, p. 596 et suiv., p. 634 et suiv., p. 649 et suiv., p. 710, 735, 747 et suiv.

1^o En ce qui concerne la filiation légitime :

a) L'action en recherche de maternité légitime reconnue à l'enfant par l'art. 341, C. civ., ainsi que l'action en contestation, est imprescriptible. Ses héritiers ne la possèdent pas de leur chef; elle leur est seulement transmise, si l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq ans de sa majorité (art. 329) ou s'il avait déjà engagé l'instance (art. 330).

b) Quant à la paternité légitime, une distinction s'impose :

Si la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance, le père présumé est le mari (art. 312, I), et l'enfant dont la filiation est établie à la fois sur un titre et sur la possession d'état ne pourra réclamer un autre état, ni les tiers le lui contester (art. 332). Mais, le mari peut, au moyen de l'action en désaveu (art. 312 à 319), faire tomber cette présomption de paternité. Cette action lui est personnelle, elle n'est transmissible à ses héritiers que s'il est décédé sans l'avoir intentée (art. 317), alors que les délais pour ce faire n'étaient pas encore expirés.

Si la filiation maternelle n'est pas prouvée par l'acte de naissance, l'enfant peut évidemment intenter une action en recherche de maternité; en ce cas, la présomption légale attribuant la paternité au mari de la mère peut être combattue par les adversaires de l'enfant et par tous les moyens possibles (art. 46, 320, 325). Dans cette hypothèse, la jurisprudence autorise le mari et autres intéressés à prendre les devants comme demandeurs contre l'enfant, afin de faire rejeter par avance la présomption de paternité¹ : il s'agit en ce cas

1. Cass., 9 mai 1864, D. 64.I.409.

non pas d'une action en contestation, mais bien plutôt d'une action en désaveu (sens large).

2° En ce qui concerne la filiation naturelle :

a) La recherche de la maternité naturelle est imprescriptible, et la Cour de cassation a décidé que l'action qui la concerne est intransmissible; n'étant donnée que dans l'intérêt de l'enfant, elle n'est ouverte qu'à lui seul, à l'exclusion de ses héritiers¹.

b) La recherche de la paternité naturelle est autorisée par l'art. 340, conformément aux prescriptions de la loi du 16 novembre 1912. Cette action, pendant la minorité de l'enfant, appartient à la mère ou au tuteur; elle doit être exercée dans les deux ans qui suivent la naissance ou la cessation de l'entretien. L'enfant peut agir dans l'année qui suit sa majorité.

En ce qui concerne la reconnaissance volontaire émanant du père ou de la mère, celle-ci peut toujours être attaquée comme mensongère par tous ceux qui ont un intérêt (art. 339). Si cette action en contestation est imprescriptible, c'est parce que le mensonge ne peut servir de base à l'établissement de l'état d'une personne. On admet toutefois que, si elle se fondait exclusivement sur un intérêt pécuniaire, elle ne serait ouverte qu'autant que cet intérêt ne serait pas lui-même prescrit (cf. Planiol, I, 1492).

De même la légitimation par mariage subséquent — ou *post nuptias* — (art. 331, loi du 19 juillet 1923) reste toujours possible, quelque long que soit le temps écoulé depuis la naissance.

Ainsi donc le principe, qui subit cependant de nom-

1. Cass., 23 juillet 1878, D. 79.I.15; art. 341.

breuses exceptions pour des raisons d'ordre général, reste bien établi : les actions d'état sont imprescriptibles, et c'est en ce sens que l'on peut dire que l'individu a la « faculté » de réclamer son état ou de le contester¹.

§ 2. *Le droit au nom.* — La nature du droit au nom a été très controversée. Est-ce un droit ? Est-ce une obligation ? Est-ce un droit assimilable au droit de propriété ?

Planiol s'élève énergiquement contre la théorie traditionnelle et contre une jurisprudence bien établie, qui font du nom un objet de propriété (Cass., 25 Octobre 1911, S. 1912-I-95). La propriété, dit-il, suppose une attribution exclusive à une personne, elle ne peut appartenir à plusieurs à la fois tout en profitant pour la totalité à chacune ; or, le nom peut être porté par plusieurs à la fois qui en retirent, chacun en ce qui le concerne, la totalité des avantages. C'est bien plutôt une obligation qu'un droit : c'est une institution de police civile, c'est la forme obligatoire de la désignation des personnes. C'est ce qui explique pourquoi il est intransmissible, sa transmission héréditaire n'étant pas, en réalité, l'œuvre de la volonté du *de cuius*, mais de la loi².

M. Colin³, tout en repoussant la théorie traditionnelle, refuse de se rallier à la thèse de Planiol. Le droit au nom, dit-il avec Kohler et Saleilles, est un droit inné, attribut de la personnalité qu'il individualise et caractérise ; il est la marque distinctive et extérieure de

1. Sur le rôle de la possession en matière d'état, v. *infra*, p. 207.

2. Planiol, *op. cit.*, I, n° 397. Le nom, disent MM. Planiol et Ripert est une « mesure prise aussi bien dans l'intérêt de la personne que dans l'intérêt de la société », *Traité prat. Dr. civ.*, t. I, n° 96.

3. Paris, 21 janvier 1903, note, D. 1904.II.1.

l'état; toute action qui y est relative est nécessairement une action d'état; il ne constituerait donc pas un droit distinct, protégé par une action particulière, et c'est pourquoi précisément toute violation n'en serait sanctionnée que si elle avait causé un préjudice, conformément au droit commun de l'article 1382.

Tel n'est cependant pas notre sentiment. Sans doute le droit au nom est bien un droit inhérent à la personnalité humaine, mais, comme le fait remarquer M. Hémar, c'est « un droit distinct, supposé par la loi et sanctionné par une action propre »¹; c'est un « droit absolu, opposable à tous, dont on peut poursuivre les atteintes contre tous. C'est le droit à l'identité qui est, en même temps, une obligation »; s'il s'agit d'une suppression et d'une altération de nom, la preuve d'un préjudice pécuniaire ou moral doit être rapportée.

Le droit au nom est un droit imprescriptible, c'est-à-dire qu'il ne peut se perdre ni s'acquérir par prescription². Encore faudrait-il délimiter la portée exacte de cette formule, puisque la possession peut, dans certains cas, et aux conditions que nous préciserons ultérieurement, conduire à son acquisition; aussi signifie-t-elle simplement que les règles établies pour la prescription des droits en général ne s'appliquent pas au « droit au nom ».

Ce droit, en second lieu, est inaliénable: constituant un élément d'individualisation, un attribut de la personnalité, il ne peut être ni changé ni modifié en dehors des formes légales. Il n'est pas non plus transmissible,

1. Hémar, *Précis Droit civil*, I, n° 68.

2. Poitiers, 3 novembre 1913, P. et S. 1914.II.135.

hormis les cas de transmission prévus par la loi (adoption, filiation).

C'est en tenant compte de ces considérations que certains auteurs purent soutenir que la femme, en se mariant, n'acquerrait pas le nom de son mari; que, si ce nom servait à la désigner, c'était en vertu de pratiques constantes et « d'habitudes invétérées », mais qu'en réalité elle n'en était pas légalement investie¹; ce à quoi M. Josserand répond que cette opinion serait contraire à l'art. 299, § 2, C. civ. qui décide que, par l'effet du divorce, chacun des deux époux reprend l'usage de son nom; s'il en est ainsi, c'est donc que la femme a un droit véritable, « ce qui revient à dire que ce nom était devenu sien² ».

La même question s'est posée en ce qui concerne le droit pour le mari de joindre à son nom celui de sa femme. M. A. Colin considérant que ce fait ne serait rien d'autre qu'un élément secondaire d'individualisation, que l'affirmation publique d'une alliance, pense qu'il ne s'agit point là d'un droit absolu; aussi cette adjonction ne pourrait-elle avoir lieu dans un simple but utilitaire, et les tribunaux, saisis d'une opposition de la femme, pourraient-ils, en conséquence, interdire, à juste titre, au mari l'usage du nom de sa femme dans un but exclusif de caprice et de vanité³.

1. Bordeaux, 27 novembre 1907, *G. Pal.*, 21 décembre 1907; Planiol, *Traité Dr. civ.*, I, n^{os} 390 et suiv.; V. également Planiol et Ripert, *Traité prat. Dr. civ.*, t. I, n^{os} 110 et 113.

2. *Revue trimestrielle Dr. civ.*, 1908, p. 95.

3. D. 38.II.122, Rouen, 10 novembre 1909, *Gaz. Pal.*, 4 janvier 1910; *Revue trim. Dr. civ.*, E. Perreau, 1903, p. 532 suiv.; *ibid.*, Gaudemet, 1910, p. 148 et suiv.

Section II.

CARACTÈRES

Les principaux traits caractéristiques des droits facultatifs que nous venons d'énumérer pourraient être les suivants¹ :

1° Ce sont des facultés communes à tous.

Elles existent en dehors de toute convention, sans aucune préexistence de titre; leur exercice n'entraîne aucune restriction de la liberté ou du droit d'autrui, chacun étant à la fois sujet actif et sujet passif.

Elles forment l'ensemble des prérogatives générales que chaque homme possède; nécessaires à chacun, elles sont opposables à tous.

2° Elles sont inappréciables en argent.

Mais : a) le fait d'en être titulaire peut indirectement et par voie de conséquence donner naissance à des droits pécuniaires; qui en sont, pour ainsi dire, le corollaire naturel²;

b) Leur violation peut donner lieu à des dommages-intérêts, puisque, en vertu et par application de la théorie du dommage moral, une indemnité pécuniaire peut être allouée en cas de lésion d'un droit de la personnalité.

3° Elles sont hors commerce :

A. En premier lieu, elles sont donc indisponibles, c'est-

1. Perreau, *Revue trimestrielle*, 1909, p. 501 et suiv., les droits de la personnalité, étude dont nous nous inspirons directement.

2. Comme le fait remarquer M. Savatier dans le *Traité prat. Dr. civ* de MM. Planiol et Ripert, t. I, n° 21 : « l'état produit indirectement des conséquences pécuniaires à un moment donné; quand la conséquence s'est produite, le droit pécuniaire se sépare de l'état ».

à-dire non susceptibles de convention, hors des atteintes de la volonté humaine. En conséquence : 1) Elles sont incessibles, insaisissables; une renonciation n'en serait pas valable; 2) Serait nul tout mandat général donné à une personne en vue de l'exercice, par celle-ci, de droits exclusivement attachés à la personnalité (art. 1166 C. civ). Le mandat spécial (exception faite pour l'acte de mariage) est seul possible; 3) Le mandat général conféré par la loi aux représentants légaux des incapables ne s'étend pas, en principe (et sauf nécessité pratique ou exceptions légales : art. 234, 307, 318), aux droits de la personnalité, pour l'exercice desquels l'incapable agit lui-même, étant, non pas représenté, mais seulement assisté.

Toutefois, des ententes relatives aux droits de la personnalité peuvent intervenir, et seront valables si elles ne sont contraires ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs : le nom d'un individu, par exemple, pourra être donné à un produit; le contrat de mariage pourra contenir des clauses relatives à l'éducation future des enfants; l'ouvrier pourra aliéner partiellement ou temporairement sa liberté, en concluant un contrat de travail. Dans ces hypothèses, les tribunaux considèrent que les particuliers ne renoncent pas à leurs droits, mais les exercent¹.

B. En second lieu, elles sont en dehors de toute prescription :

L'opinion contraire fut cependant, nous l'avons dit, professée par Dunod, qui soutenait que, d'une

1. Ainsi que le dit M. Savatier, dans le *Tr. prat. Dr. civ.* de MM. Planiol et Ripert, t. I, n° 20 c, « des conventions peuvent intervenir, si elles se proposent seulement d'appliquer une règle légale obligatoire ».

part, l'accomplissement d'actes de contradiction, pendant un temps immémorial, sur le domaine public, conduisait non pas seulement à l'acquisition d'un droit d'usage exclusif, mais du droit de propriété lui-même, et que, d'autre part, quoiqu'on soit libre « d'aller au moulin ou de ne pas y aller, si, lorsqu'on a été requis d'y aller, on a déféré à cette réquisition pendant le temps nécessaire pour prescrire, on perd cette liberté ». Mais cette opinion ne saurait être admise : l'interversion n'a lieu qu'en matière de prescription acquisitive; or, dans les cas visés par Dunod, la loi n'admet pas l'acquisition de droits par ce mode d'établissement, parce qu'il s'agit soit de droits personnels, soit de servitudes négatives.

Il faut admettre cependant que, dans certaines hypothèses, si un état de fait se prolonge, sans que les personnes intéressées l'aient contredit, il peut être supposé conforme à un état de droit et consacré comme tel, et ce, pour des raisons d'ordre social.

Et c'est pourquoi le Code a reconnu lui-même, notamment en matière d'état, que la longue possession pouvait être invoquée comme un moyen de preuve (art. 196, 197, 320, 322) ou pouvait aboutir à rendre cet état de fait inattaquable (art. 181, 183, 185, 317, 329, 330).

La jurisprudence fit une large application de ces textes :

1^o Elle admit, en premier lieu, la possession comme un mode de preuve des droits de la personnalité; c'est ainsi qu'elle autorisa un étranger de l'état de New-York à fournir la preuve de son mariage par la simple possession d'état, selon les lois de son pays, qu'elle

décida que la « possession séculaire » d'un nom engendre un droit à ce nom¹, et qu'elle reconnut le droit à la nationalité française à une famille qui avait joui sans contestation de cette qualité. Fréquemment, elle décide également que la possession d'état de fils naturel à l'égard d'une femme, alors que la reconnaissance de l'enfant a été effectuée par le père seul, avec indication du nom de la mère, équivaut, vis-à-vis de celle-ci, à l'aveu prévu par l'art. 366 C. civ.

2^o Elle admit, en second lieu, que la possession peut entraîner une fin de non-recevoir.

Ainsi, il a été jugé que les actions relatives à la personnalité peuvent être éteintes au bout d'un certain temps, et que, notamment, la demande en nullité de mariage pour cause de folie doit être assimilée, au point de vue des délais, à l'action en nullité de mariage pour vice de consentement. Il a été également décidé que les actions en justice dont le succès diminuerait la situation qu'une personne possède, en fait, depuis longtemps, doivent être repoussées; il en serait ainsi, notamment, de l'action qui aurait pour but d'établir que l'enfant ayant une possession d'enfant naturel est, en réalité, enfant adultérin.

Mais ce ne sont là que des exceptions, fort peu nombreuses, et le principe de l'imprescriptibilité des droits personnels demeure solidement établi.

c) En troisième lieu, enfin, elles sont intransmissibles :

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, cette transmission ne s'expliquerait point, puisque ces fa-

1. Cass., Req., 10 novembre 1897, S. 99.I.337; *idem* pour la preuve de l'identité d'une personne, Besançon, 16 décembre 1891, D. P., 92.II.75.

cultés sont l'apanage de chacun et de tous, qui les possèdent de façon égale.

Toutefois, la loi, dans les articles 187, 191, 317, 329, 330, 957, 1044, 1047, C. civ. admet certaines dérogations à ce principe. En conséquence, on doit reconnaître une action aux héritiers du défunt dont la dépouille aurait été soumise à des outrages, ou dont la mémoire aurait été offensée; de même ceux-ci seraient-ils fondés à s'opposer à l'exhibition publique de son image ou à la réimpression de ses œuvres littéraires. Ce sont là des droits qui sont exercés en qualité de membre de la famille; ils sont donc indépendants de l'exercice des droits héréditaires et subsistent malgré la renonciation à la succession.

Pour conclure, nous dirons avec M. Perreau que « la réglementation des droits de la personnalité renferme encore beaucoup d'incertitude et d'imperfection », que la jurisprudence a recherché des palliatifs et a fait « une législation d'emprunt »; et nous remarquerons aussi que si toutes ces facultés (« les libertés publiques » notamment) sont bien garanties vis-à-vis des particuliers, elles le sont moins vis-à-vis de l'Etat. Et comme le dit Esmein¹, « une loi qui supprimerait ou entamerait une liberté ou l'un des droits garantis par la constitution ne serait pas nulle pour cela. La meilleure garantie se trouve dans les mœurs, l'esprit national et peut-être aussi dans l'institution des deux Chambres ».

1. *Éléments de droit constitutionnel*, éd. 1921, t. I, p. 33, 275, 548, 563.

CHAPITRE II

Les droits facultatifs dans le commerce

Parmi les droits facultatifs qui, se révélant comme le contenu d'un droit complexe, comme l'accessoire d'une situation juridique à laquelle ils empruntent leur caractère de permanence et de perpétuité, présentent en eux-mêmes une valeur pécuniaire et sont en quelque sorte monnayables, nous étudierons spécialement, dans deux sections : 1° les droits facultatifs qui se rattachent à la qualité d'habitant, 2° ceux qui sont l'accessoire du droit de propriété¹. Une troisième section sera réservée à l'analyse des caractères que présentent ces droits facultatifs.

1. Nous rappelons, pour simple mémoire, que certains droits, pour des raisons d'ordre général, sont également imprescriptibles. Ceux-ci comprennent notamment :

1° La faculté pour tout porteur d'un billet de la Banque de France de s'en faire rembourser le montant, quel que soit le temps écoulé depuis la date d'émission (Lyon-Caen et Renault, *Dr. comm.*, IV, n° 763).

2° La faculté accordée par les lois forestières à l'Etat, aux communes et aux particuliers d'affranchir leurs droits d'usage moyennant cantonnement ou indemnité (Dalloz, *C. civ. ann.*, 2226; Code forestier, art. 63, 64, 68).

3° La faculté de rachat de toute rente constituée en perpétuel, pour prix de vente d'un immeuble (art. 530 *C. ci.* .) et de toute rente constituée en perpétuel (art. 1911 *C. civ.*, v. *supra*).

4° La faculté de retirer le gage en payant; (si véritable faculté il y a, question que nous avons examinée en même temps que l'étude de l'imprescriptibilité des droits conditionnels, à terme et éventuels, et à laquelle nous renvoyons; v. *supra*).

5° La faculté accordée par la loi des 15-28 mars 1790 aux communes

Section I

FACULTÉS INHÉRENTES A LA QUALITÉ D'HABITANT¹

Le fait d'habiter une commune peut dans certains cas — et ceci relève surtout du droit administratif — entraîner certaines prérogatives qui ne sauraient se perdre par non-usage. Il s'agit des actes que l'on peut accomplir sur les biens communaux et notamment du droit de vaine pâture.

A) *Actes accomplis sur les biens communaux*

Les biens communaux, dit l'art. 542 du Code civil, sont ceux à la propriété et au produit desquels les habitants ont un droit acquis. L'expression employée par le Code est inexacte : Les habitants ne sont pas copropriétaires des biens communs, c'est la commune qui est seule propriétaire de ces biens qui forment son domaine privé, qui sont aliénables et prescriptibles; on ne peut donc pas dire qu'il y ait indivision de la propriété; l'art. 815 C. civ. n'est pas applicable, et les habitants ne sauraient en exiger le partage².

et aux propriétaires des Halles de se contraindre mutuellement à les vendre, louer et acheter

Mais l'imprescriptibilité de ce droit n'est cependant pas admise par tous les auteurs. (Sur ce point, v. Dalloz, C. civ. ann., 2226; J. G. Presc. civ., 158; J. G. Halles, 51; Commune, 488; Troplong, n° 121; D. 30.II. 227.)

1. V. sur cette question, Berthélemy, *Dr. admin.*, éd. 1923, p. 556; Dalloz, art. 542; Hauriou, *Précis Dr. adm.*, p. 436 et suiv.; Planiol, *Tr. élém. Dr. civ.*, I, 3088; v. la question de « l'aptitude personnelle et spéciale », et la compétence des tribunaux en la matière : Dalloz, art. 542.

2. Sur le partage à titre gratuit ou onéreux, de propriété ou de jouissance, cf. Berthélemy, *Traité de Droit adminis.*, éd. 1923, p. 561 et autorités qu'il cite.

Ces biens, d'une étendue de plus de quatre millions d'hectares en 1922, comprennent principalement des bois, des terres vagues ou incultes, propres au pâturage, et des marais. La jouissance des habitants y est exercée habituellement en nature; il n'y a qu'un petit nombre de ces biens qui soit affermé; en ce cas, la répartition des revenus est effectuée entre habitants soit par tête, soit par feu. C'est le conseil municipal qui fixe le mode de jouissance des habitants, soit jouissance en commun, soit allotissement.

Les droits d'usage dans les forêts communales sont très nombreux, droit au bois mort ou mort bois, droit de pacage, droit « de flânée ou faînée », droit de maronage, droit aux feuilles mortes. Le plus important est le droit d'affouage; il est régi par les lois spéciales contenues au Code Forestier (art. 105, L. 26 mars 1908). Ces droits, qui ont pour origine des concessions faites aux villages par les seigneurs et les abbayes, se différencient de l'usage, tel qu'il est réglementé dans le Code; ils sont perpétuels (sauf exercice de la faculté de cantonnement et rachat); ils constituent des servitudes réelles au profit d'une masse de personnes; l'émolument en est quérable et annuel; les produits qui sont délivrés ne peuvent être vendus, en principe, par les habitants, pour qui ils constituent uniquement un profit personnel.

Parmi les droits sur les terrains vagues et incultes, il faudrait citer, entre autres : le droit à extraction de la pierre, le droit à la tourbe des marais, le droit de pacage, de pâturage, etc..

Ces droits attachés à la qualité d'habitant sont égaux

pour tous¹; aussi n'acquiert-on pas le droit d'en user à l'exclusion des autres, quoiqu'on en use seul. C'est ce qu'à jugé notamment la Cour de cassation le 16 mai 1826 (D. 26, I, 303), dans l'affaire du canal de Thuir, où une concession perpétuelle et générale du roi d'Aragon avait conféré, en l'espèce, à tous les habitants de cette ville, la faculté de puiser, en tout temps, de l'eau pour l'irrigation de leurs fonds, et où il fut décidé, à juste titre, que le droit de tous était conservé, alors même qu'un certain nombre n'aurait jamais, jusque là, joui de ce canal².

C'est qu'en effet la prescription ne saurait avoir lieu entre communistes, quand leurs droits sont confondus; la possession de chacun est équivoque; on ne sait s'il jouit exclusivement pour lui-même ou pour la communauté dont il fait partie et, dans le doute, on décide qu'il représente la communauté.

Il en serait autrement s'il élevait un « acte protestatif », c'est-à-dire si, après contradiction, il avait joui pendant 30 ans, en son nom personnel (*nomine suo*); il pourrait, en ce cas, non seulement acquérir un droit exclusif à la jouissance de telle portion de terrain à l'encontre des particuliers, mais encore le droit de propriété à l'encontre de la commune.

Ces facultés attachées à la qualité d'habitant se perdent irrévocablement par le changement de domicile, puisque leur exercice suppose la résidence dans l'enceinte ou l'enclos de la ville; toute jouissance d'un bien communal après radiation du rôle n'est donc que

1. Laurent, t. XXXII, 231.

2. De même, des habitants d'une commune affouagère ne pourraient prescrire cette faculté contre d'autres habitants de la même commune; Cass., 24 juillet 1839, D. 39.I.355.

de pure tolérance et ne saurait conférer un droit quelconque au préjudice des habitants¹.

B) *Nature de la vaine pâture*

Bien qu'elle ne se révèle plus maintenant que comme une servitude susceptible d'être éteinte par non-usage, qu'elle ne soit donc pas une faculté, mais un droit, son étude paraît indiquée ici, puisqu'elle peut se rattacher à la qualité d'habitant d'une commune.

Il est intéressant de voir, en effet, en tant qu'elle porte sur les propriétés privées, à quel titre elle était exercée dans l'ancien droit, et quelles restrictions elle apportait et apporte encore maintenant à l'exercice des facultés incluses dans le droit de propriété.

La vaine pâture est, par définition, le droit de faire paître tous les bestiaux indistinctement, sur toutes terres non closes, après l'enlèvement des récoltes.

Dans l'ancien droit, on considérait en général que la vaine pâture, comme l'acte de tolérance, sauf contradiction et précisément en raison de la permission tacite du propriétaire, ne pouvait donner lieu à l'acquisition d'un droit par prescription².

En conséquence, et comme le faisait remarquer Dunod, le propriétaire du sol pouvait donc toujours se clore³, changer la nature des cultures de son fonds⁴,

1. V. Fontaine de Salies, dame Saulade, Cass., 7 juin 1820, Dalloz, Action possessoire, 204.

2. En Bourgogne, par exception, le titre ou la possession de plus de 30 ans transformait cette permission en droit.

3. Sauf s'il s'agissait de prairies soumises à des règles spéciales, dans l'intérêt de l'agriculture; on ne pouvait alors priver les habitants du vain pâturage, sans « des raisons considérables »; v. aff. du sieur de la Fosse et de Baufremont, citée par Dunod, *Prescription*, p. 82 et suiv.

4. Sauf en Bourgogne, où l'on ne pouvait convertir son pré en champ.

remettre son héritage en culture, et rétablir l'enclos primitivement existant.

Troplong¹ professait, ainsi que Dunod, que la vaine pâture était de tolérance, et il ajoutait, en outre, que lorsque, par exception, les anciens jurisconsultes admettaient l'acquisition par possession de la servitude de vaine pâture, ils requéraient non seulement une possession immémoriale, mais encore des actes de contradiction opérés *opinionem domini*; et que, d'autre part, dans certaines coutumes (Montargis, Bourbonnais) la vaine pâture était exercée non à titre de tolérance, mais à titre de véritable servitude.

La loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, abolissant toutes différences entre coutumes, permit à tous les propriétaires sans exception de se clore, sauf en cas de servitude établie par titre.

Actuellement, en vertu de la loi du 9 juillet 1889, modifiée le 22 juin 1890, la situation est la suivante :

Art. 2, § 1^{er}. — Toute vaine pâture au profit d'une commune sur tout le territoire, basée sur un usage seulement récent, est abolie.

Art. 2, § 2. — Il en est de même, en principe, si cette même vaine pâture est basée sur une loi coutumière ou sur un usage immémorial ou sur un titre; mais elle pourra être maintenue par voie de réclamation émanant du conseil municipal ou d'un particulier, sauf en ce qui concerne la vaine pâture sur prairie artificielle, définitivement abolie.

Art. 12. — Enfin, s'il s'agit de vaine pâture, à titre particulier sur un héritage déterminé, appartenant soit à un ou plusieurs habitants, soit à toute la commune,

1. Troplong, *De la prescription*, n° 385.

elle est maintenue; elle continuera à s'exercer « conformément aux droits acquis », sauf le droit de rachat au profit du propriétaire du fonds asservi, ou le droit de libération par voie de cantonnement. Cette servitude se prescrit par non-usage pendant 30 ans (art. 706, 707, C. civ., et art. 63, C. forest.). Dans cette dernière hypothèse, le propriétaire n'a donc plus le droit de se clore, mais il peut le reconquérir à titre onéreux¹.

Le propriétaire qui veut se clore, perd son droit à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait (art. 648, C. civ.).

Pour que la vaine pâture soit donc un droit, il faut qu'elle repose, dans la majorité des cas, sur un titre particulier, soit de la commune, soit de l'individu; sinon elle n'est qu'une tolérance du propriétaire et ne saurait, en conséquence, conduire à l'acquisition d'une servitude pour une double raison : parce que les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent s'acquérir par prescription (art. 690) et parce que la précarité ou l'équivoque des actes accomplis par tolérance ne saurait fonder possession (art. 2232).

Mais l'accomplissement d'actes de tolérance pourrait, s'il y avait eu contradiction manifeste aux droits du propriétaire, faire acquérir la propriété même du terrain utilisé : la loi empêche bien d'acquérir une servitude, mais elle n'empêche pas, par suite de l'accomplissement, d'actes de contradiction pendant 30 ans et à titre exclusif, d'acquérir la propriété².

Telles sont les limitations que peut apporter actuelle-

1. V. Saleilles, *Questions de Jurisprudence*, Vaine pâture; v. affaire très intéressante de l'Abbaye de Citeaux contre habitants de Gilly.

2. Troplong, *Prescription*, 389, 391; Cass., 7 février 1883, D. 84.I.28.

ment la vaine pâture à l'exercice des facultés dérivant de la propriété, que nous allons maintenant envisager, en insistant davantage.

Section II

FACULTÉS ATTACHÉES A LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE

Les prérogatives qui sont attachées au droit de propriété sont imprescriptibles, comme le droit lui-même dont elles forment l'accessoire et la garantie. Aucune d'entre elles ne saurait donc être perdue par le non-usage, si prolongé soit-il, mais seulement en raison de l'acquisition effectuée par un tiers d'un droit inconciliable avec elles. Leur étude se rattache donc à celle de la prescription acquisitive et non pas extinctive, ainsi qu'on l'a soutenu quelquefois; il est bien évident, en effet, 1° que nous n'acquérons aucun droit nouveau, du fait que nous exerçons ces facultés, puisqu'elles constituent une des modalités possibles d'exercice d'un droit dont nous sommes déjà titulaires; 2° que les tiers n'acquièrent aucun droit contre nous par le fait que nous n'en usons pas, puisque, sauf contradiction, ils n'usurpent pas notre droit et que leur possession ne présente pas, par ailleurs, tous les caractères requis pour conduire à la prescription.

C'est en raison du fait que la propriété et les prérogatives qui la composent ne sont point soumises à prescription que l'on a pu dire que l'exercice de ce droit

était facultatif, en ce sens que notre inaction volontaire ne saurait faire que nous en soyons privés par le jeu de la prescription extinctive, au contraire des autres droits réels, d'une servitude de passage, par exemple, qui se perd par suite du non-usage pendant 30 ans, ou se limite au mode d'exercice employé.

Si le législateur a admis la prescriptibilité des droits réels¹, c'est parce qu'il a vu avec défaveur tout démembrement de la propriété; aussi l'inaction prolongée de l'usufruitier, de l'usager, du bénéficiaire d'une servitude conventionnelle, entraîne-t-elle renonciation implicite à leurs droits et, comme dit Roguin (p. 764), les « pouvoirs absolus dont le sujet actif n'a pas profité font retour au propriétaire; le droit global qui avait subi une brèche recouvre désormais son intégrité ».

Mais si la prescription extinctive avait été susceptible d'éteindre soit le droit de propriété tout entier, soit certaines des prérogatives qui y sont attachées, elle aurait abouti à tout immobiliser, et aurait été contraire à la nature même de ce droit qui est donné en vue de la libre exploitation des richesses de la terre, qui ne peut être exercé dans sa plénitude à tous les instants, mais dont l'exercice est au contraire subordonnée à des besoins momentanés et à des circonstances infiniment variables (Laurent, 32, 229).

Dans les trois paragraphes qui vont suivre, nous allons successivement examiner : 1^o la nature des facultés inhérentes au droit de propriété; 2^o les principales facultés attachées au droit de propriété; 3^o les questions

1. Sur l'extinction des droits réels, V. Prodan, thèse, Paris, 1909, *Le Droit réel*, p. 99. Sur la distinction entre droits réels « pleins » et « démembrés », et l'analyse des faits et actes acquisitifs, même auteur, p. 93.

annexes, soulevées par la nature des droits des riverains sur les rivières non navigables ni flottables.

§ 1. *Nature des facultés inhérentes au droit de propriété.* — On dit d'ordinaire que les « facultés » se révèlent comme le contenu du droit de propriété et qu'elles forment, ainsi que l'enseigne Modica, « les droits fractionnaires de la propriété, dont elles constituent l'exercice de droit naturel¹. »

Sans doute ces facultés constituent bien un « faisceau de pouvoirs directs, transmissibles, dont la mise en œuvre dépend uniquement de la personnalité du propriétaire », mais la question qui se pose est de savoir précisément si leur nombre (qui peut être fixé limitativement) et leur nature doivent entrer en ligne de compte pour la définition du droit de propriété. En d'autres termes, on peut se demander si la propriété disparaît lorsqu'elle subit le retranchement de l'un ou de l'autre de ces pouvoirs.

Pour Michas² « le nombre et la nature des facultés du propriétaire sont absolument indifférents pour décider si son droit constitue ou non un droit de propriété. S'imaginer, dit-il, le droit de propriété comme la réunion d'un nombre indéterminé de facultés, c'est « confondre le pouvoir de fait sur les choses, la valeur économique de celui-ci, avec l'avantage moral, purement abstrait, résultant des droits dont ces choses sont l'occasion »; et on ne saurait qualifier et caractériser les rapports juridiques, par les actes concrets que le titulaire du

1. Modica, *Il circolo giuridico*, 1899.

2. Michas, *op. cit.*, p. 226.

droit peut faire (p. 20 et suiv.). Il faut en effet distinguer, dit-il, « l'objet du droit, c'est-à-dire le pouvoir du titulaire du droit (p. 137 et suiv.) sur l'activité d'une personne (ce qui est le pouvoir juridique), et la faculté de retirer un profit, c'est-à-dire l'utilité des choses sujettes à son droit (ce qui est un pouvoir de fait, naturel);... ce pouvoir existe antérieurement à toute idée de rapport juridique et est étranger à la notion de rapport ».

L'opinion contraire est soutenue par Roguin (*op. cit.*, III, p. 834) qui, tout en acceptant la distinction entre la nature juridique de la propriété et les avantages économiques qui en résultent, définit cependant le droit de propriété en fonction du nombre des facultés qui y sont incluses; aussi conclut-il que la propriété disparaît comme telle, lorsqu'elle subit un retranchement de pouvoir, si insignifiant soit-il, le nu-propriétaire ou l'usufruitier n'ayant évidemment pas « la même position légale qu'un plein propriétaire¹ ».

Pour Van Bemmelen², la propriété pourrait être définie indépendamment des facultés qui la composent puisqu'elle est un « rapport juridique entre *A* qui possède sur la chose des facultés exclusives, et *B*, le public ». La propriété, privée de la faculté d'aliéner ou d'en disposer de quelque manière, ne serait pas une propriété limitée, puisque le rapport entre le propriétaire et le public n'est pas atteint par cette privation. Et d'une façon générale, il n'y aurait limitation vérifiable qu'en cas de « servitude publique légale », puisque,

1. Cet auteur est du reste d'accord avec Michas pour admettre que le droit d'aliénation, normalement attaché au droit de propriété n'est pas essentiel à sa notion même.

2. *Notions fondamentales de Dr. civ.*, p. 177 et suiv.

en ce cas, le monopole du propriétaire est en souffrance par le fait que le public a la faculté de faire de la chose un usage déterminé, concurremment avec le propriétaire; au contraire, l'usufruit, l'usage, et autres démembrements de la propriété n'en sont pas de véritables limitations, puisque « les devoirs d'abstention du public ne diminuent pas, lorsque l'usufruit ou l'usage est détaché de la propriété; le droit d'exiger ces devoirs est seulement partagé entre le propriétaire, l'usufruitier ou l'usager ». De même, enfin, ne constitueraient pas des limitations les obligations de faire, de souffrir, attachées à la propriété d'un fonds de terre, c'est-à-dire, soit les servitudes légales ou volontaires, soit les devoirs publics du propriétaire vis-à-vis de l'Etat ou de la commune (redevances, impôts, passage des militaires sur le terrain).

Aussi cet auteur, puisqu'il définit la propriété sans tenir compte des facultés qui la composent et qu'il la conçoit comme un « monopole » exclusif sur une chose, sans aucune concurrence du public, propose-t-il, purement et simplement, de supprimer l'article 544 du Code civil qui dispose que « la propriété est le droit de jouir des choses et d'en disposer de la manière la plus absolue ».

Duguit¹ soutient, ainsi que nous l'avons déjà incidemment remarqué, que la propriété est un « état comprenant un ensemble de vœux juridiquement possibles et indéfiniment renouvelables qui constitueraient les facultés ». La propriété serait donc, au fond, un fait et une affectation de richesses qui ne s'épuiseraient point en une fois, mais qui se renouvelleraient indéfi-

1. *Op. cit.*, p. 205 et suiv.

niment; et qui, toujours vivants, « persisteraient tant que durerait l'affectation exclusive ».

Quant au droit de transmission de la propriété, il serait lui aussi « un pouvoir objectif impliqué par la règle de droit, fondé sur la solidarité qui admet l'appropriation et la circulation des richesses ».

Ce sont toutes ces raisons qui expliqueraient pourquoi la propriété ne disparaît ni par un acte volontaire, ni par abstention, ni par *derelictio*; cette propriété étant, en effet, « le fait, la condition d'un pouvoir objectif pour une volonté, cette volonté ne peut pas effacer ce fait, ne peut pas supprimer ce pouvoir objectif, puisqu'elle ne peut empêcher l'application d'une règle de droit ». Et c'est là que l'auteur conclut que toute transformation du droit objectif devrait réagir sur le régime de toute propriété privée ou collective acquise à titre gratuit ou onéreux, alors même que l'acquisition en aurait été effectuée avant la promulgation de cette règle nouvelle.

La seconde question qui se pose est de savoir si, à un moment donné, les facultés incluses dans le droit de propriété sont partageables entre plusieurs titulaires, si, en d'autres termes, la chose peut faire en même temps l'objet de deux droits de propriété ou d'un droit de propriété et d'usufruit.

Sur ce point, Roguin (*op. cit.*, III, p. 758) admet bien que, sans doute, plusieurs personnes peuvent bien être copropriétaires de la chose dans sa totalité, mais qu'elles ne « sauraient identiquement en tirer le même usage, au même moment »; une copropriété semblable est conditionnée, ajoute-t-il, par le fait que le pouvoir de maîtrise directe ne compètera pas à la même minute à des

titulaires multiples et qu'ils devront s'arranger pour en user successivement. Contrairement aux droits relatifs, « deux droits absolus ne sauraient être vraiment superposés sur la même chose... ».

Nous pensons toutefois que le droit de chaque copropriétaire porte sur l'ensemble de la chose commune et qu'il y a vraiment coexistence de droits : ainsi que le dit Planiol¹, on doit se représenter le droit de chaque copropriétaire comme frappant « chaque molécule de la chose et y rencontrant le droit de ses copropriétaires ». Il y a donc, en ce cas pluralité de titulaires du droit, et cette pluralité suppose et nécessite des arrangements en ce qui concerne l'exercice des facultés qui y sont incluses.

On pourrait enfin, et en troisième lieu, se demander si le non-exercice de l'ensemble des facultés que comporte le droit de propriété constitue cependant l'exercice de ce droit, et si, d'une façon plus générale, les droits à contenu négatif, c'est-à-dire dont le pouvoir consisterait dans le maintien d'une chose physique telle qu'elle est, ne constituent pas des droits réels et non seulement des droits de créance².

Ainsi, A, propriétaire d'un terrain, le laisse sans culture, n'y fait aucune plantation, aucune construction; son droit de laisser le terrain en friche constitue-t-il un pouvoir direct sur la chose, fait-il partie du droit réel qu'il possède indubitablement, en tant que pouvant faire de son terrain un usage actif ? C'est là un point bien délicat.

Pour Roguin, qui est un des rares auteurs ayant

1. Planiol, éd. 1923, II, 2497.

2. V. sur ce point, Roguin, *op. cit.*, III, p. 696.

envisagé la question, au droit spécial de laisser le terrain en friche correspond le devoir, pour les autres hommes, de laisser *A* user de ses facultés d'activité corporelle, comme il lui plaît, de le laisser agir à son gré. En ne bâtissant pas, il pourra bénéficier par la suite de la plus-value que son fonds aura obtenue, comme terrain à bâtir. Et c'est pourquoi, la faculté d'utiliser une chose, dans l'état où elle est, a toujours, en réalité, « une nature active, à moins qu'on ne possède pas du tout ce droit de jouissance. En ne bâtissant pas, *A* jouira de son terrain; il exercera son droit de propriété en s'y promenant, en jouissant de l'air, de la vue, etc. ». Le pouvoir négatif du propriétaire, en réalité, fait donc partie des attributions constitutives de son droit réel, et la faculté d'user de la chose par inaction peut être considérée comme « une faculté active, constitutive du droit réel, que chacun est tenu de respecter, en vertu du devoir passif universel ».

C'est donc ce raisonnement qui permettrait, le cas échéant, de justifier les raisons pour lesquelles la faculté de bâtir ne saurait se prescrire. Etant donné que le fait de ne pas bâtir constitue, par lui-même, un des modes d'exercice du droit de propriété, on ne saurait assigner à la prescription extinctive du droit de bâtir aucun point de départ, puisque l'on ne saurait faire grief au propriétaire d'exercer son droit de telle façon plutôt que de telle autre, et que le fait de ne pas bâtir ne saurait, par lui-même, être considéré comme un abandon, un non-exercice du droit de propriété. De même, le fait de laisser couler l'eau d'une source prenant naissance sur son fonds n'est qu'un des modes d'exercice et de jouissance du droit de propriété; il ne peut, à lui seul,

en faire présumer l'abandon, et c'est une des raisons pour lesquelles le droit de se servir de l'eau de cette source ne se prescrit pas.

§ 2. *Principales prérogatives attachées au droit de propriété.* — Les facultés incluses dans le droit de propriété sont innombrables. Nous avons l'intention de les énumérer rapidement pour nous arrêter ensuite sur les plus marquantes, en opérant une classification.

Le propriétaire d'un terrain a la faculté de bâtir, de cultiver, de laisser couler l'eau de sa source, de dessécher son héritage, ou au contraire de ne pas cultiver, recueillir l'eau et de ne pas bâtir. Il peut se clore, ouvrir des jours dans les conditions légales, creuser un puits, une fosse; il peut demander le bornage, le partage, acquérir la mitoyenneté, demander le passage sur un fonds intermédiaire, en vertu de la loi du 29 avril 1845, jouir des eaux traversant ou bordant sa propriété; il peut transformer un champ en pré, faire tous travaux qu'il juge utiles sur son sol. Quant au propriétaire d'une usine, il a la faculté d'employer tous procédés qu'il juge convenables pour faire marcher cette usine, et un tiers ne saurait prescrire contre lui la faculté de changer la direction des eaux, ni le droit d'user de la totalité de l'eau¹. De même, le propriétaire d'un moulin a la faculté, dans son propre intérêt et à sa propre convenance, de tenir son réservoir plein ou vide, sans que les tiers intéressés puissent se prévaloir d'une possession des eaux, résultant de tel système de fonctionnement, etc.².

1. Dalloz, Prescription civile, n° 356; . Dalloz, Presc. civile n° 158.

2. Dalloz, Action possessoire, 200.

Mais à cette énumération, faite sans ordre et sans méthode, il y a lieu de substituer un classement rationnel. Parmi les facultés inhérentes au droit de propriété, il convient, en effet de distinguer : A) celles qui nécessitent le concours ou le consentement (forcé ou volontaire) des tiers; B) celles qui s'exercent sans qu'il y ait lieu à recourir à la mise en cause de ces derniers.

*A) Facultés dont l'exercice nécessite
la mise en cause d'un tiers*

L'exercice de certaines de nos facultés impose aux tiers, tantôt l'accomplissement d'un acte positif, tantôt, au contraire, une simple obligation de laisser faire; aussi le Code les appelle-t-il, improprement d'ailleurs, des « servitudes » (Planiol, *op. cit.*, I, n° 2367).

1^{re} série. — Facultés dont l'exercice impose aux tiers l'accomplissement d'un acte positif. — Parmi les facultés de cette série, il convient de citer : 1° la faculté de demander le bornage; 2° la faculté de demander le partage; 3° la faculté d'acquérir la mitoyenneté.

1° — Faculté de demander le bornage. — Le bornage est l'opération qui consiste à fixer la ligne séparative de deux terrains non bâtis et à la marquer par des signes matériels : c'est donc une opération contradictoire (art. 646) qui est effectuée à frais commun. Elle peut se faire à l'amiable, avec le concours d'un ou plusieurs experts, mais si l'un des voisins refuse d'y procéder, pour vaincre sa résistance, l'autre pourra le citer en justice; la nécessité de concourir au bornage se révèle donc comme une véritable obligation créée entre propriétaires par le voisinage.

Le droit au bornage est une faculté : c'est-à-dire un droit imprescriptible¹, et c'est pourquoi Laurent soutient, à juste titre, que, comme la faculté de demander le partage, elle ne saurait être, malgré les auteurs du Code, rangée parmi les « servitudes » dérivant de la situation des lieux, puisque celles-ci s'éteignent par leur non-usage pendant trente ans².

Troplong, pour qui toute faculté est un pouvoir qui ne peut se manifester que sur nous-mêmes ou les choses que nous avons à notre disposition, admet cependant que l'action en bornage (quoique supposant une action) est une faculté. Si l'on met en cause le voisin, dit-il, ce n'est que pour rendre « l'opération contradictoire : c'est pour qu'il soit bien entendu qu'on ne prend rien sur son fonds, mais on n'a pas la prétention d'exiger de lui un devoir; on le somme plutôt de venir veiller à ses droits »; rien, au reste, n'empêcherait un propriétaire de « placer une borne à l'extrémité de son champ, quoiqu'il soit resté sans limite depuis plus de cent ans », sans le concours du voisin. C'est là un raisonnement insuffisant; l'abornement ainsi effectué n'aurait pas de valeur en soi; il pourrait toujours être contesté par le voisin; et, au surplus, la loi impose une véritable obligation au voisin, puisque celui-ci est obligé de participer à frais communs³.

C'est au propriétaire qu'il appartient d'intenter l'action en bornage et en partage; si l'usufruitier les intente sans le concours du nu propriétaire, elles ne seront alors

1. Planiol, *op. cit.*, I, 2370.

2. Sur ce point, v. Laurent, t. VII, p. 429, t. XXXII, 228; Aubry et Rau, t. II, p. 225, note 18; Dalloz, *Bornage*, n° 13.

3. Troplong, *De la prescription*, n° 119.

opposables à ce dernier qu'à titre provisionnel ou provisoire¹.

2. *Faculté de demander le partage.* — Cette faculté est prévue par l'article 815 du Code civil : « Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision. Toute convention contraire ne peut être obligatoire au delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée ».

Par cette opération, chaque propriétaire reçoit une part divisée dans la chose, au lieu de la part indivise qu'il avait précédemment²; on ne saurait donc dire que l'exercice de cette faculté fait acquérir au propriétaire un droit nouveau : le partage n'a qu'un effet déclaratif et non pas attributif : il localise le droit de propriété.

Aussi, peut-il être toujours provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires, malgré toute clause transactionnelle³.

Étant imprescriptible, il peut être demandé tant que dure l'indivision. L'article 816 C. civ. apporte cependant une limitation à ce principe : « le partage peut être demandé même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément d'une partie des biens de la succession, s'il n'y a eu acte de partage ou possession suffisante pour acquérir la prescription ».

Pour la majorité des auteurs, il suffit, pour que la prescription soit possible, que l'héritier détenteur manifeste la prétention de se comporter comme seul et unique propriétaire des biens, qu'il possède par des actes assez significatifs pour écarter tout *titre* équivoque; il n'est pas nécessaire que le titre ait été interverti soit

1. Planiol et Ripert, *Dr. civ.*, les Biens, III, 815.

2. Planiol, *op. cit.*, I, 2498.

3. Req., 9 mai 1827, J. G., Succ., 1505.

par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'il a opposée au droit du propriétaire. Cette intervention de *fait* pourrait être prouvée par tous moyens de preuve; elle résulterait le plus souvent des baux consentis ou des réparations exécutées. L'intervention de titre proprement dite serait seulement nécessaire dans le cas où, à l'origine, le possesseur aurait joui exclusivement du bien, en vertu d'une convention passée avec ses co-propriétaires.

On discute sur la nature de la prescription, jouant en cas de possession exclusive. Suivant l'opinion d'Aubry et Rau¹, il s'agirait d'une prescription extinctive et non acquisitive; suivant Demolombe, la prescription serait extinctive et acquisitive à la fois; nous pensons, au contraire, que puisqu'il est admis que la faculté de demander le partage ne peut se perdre par non-usage, il ne peut s'agir, dans cette hypothèse, que de la prescription acquisitive².

3° *Faculté de demander la mitoyenneté*³. — Tout propriétaire, dont le terrain est bordé par un mur appartenant privativement au voisin, a la faculté d'acheter la mitoyenneté (art. 661); il jouit donc d'un véritable droit d'expropriation. C'est au propriétaire seul qu'appartient cette faculté; certains auteurs l'accordent à l'usufruitier et à l'emphytéote⁴, tous sont d'accord pour la refuser au locataire ou fermier (Ch. civ., 27 juin 1892, D. 92. I.379).

1. 4^e éd., t. VI, § 622, note 8, p. 534.

2. En ce sens, Laurent, t. X, n° 265; Huc, t. V, n° 288; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. II, n° 2812.

3. V. notamment art. 669 et suiv., sur haies et fossés mitoyens.

4. Sens contraire, Laurent, t. VII, n° 514.

Cette opération se présente comme revêtant un caractère mixte : une vente et une expropriation (Planiol, I, n° 2518) et on lui applique les règles de l'une et de l'autre¹. Son exercice se présente d'une part, pour le propriétaire du terrain, comme un moyen d'acquérir un droit nouveau et, pour le propriétaire du mur privatif, comme une obligation imprescriptible de céder sa propriété et d'abandonner son droit exclusif.

Contrairement à ce qui a été dit pour le partage, cette faculté n'est pas d'ordre public², on peut y déroger soit expressément, soit tacitement et y renoncer; c'est donc que l'expropriation réalisée au moyen de l'acquisition de la mitoyenneté a pour but, contrairement à l'opinion de Planiol, la satisfaction d'un intérêt privé; si cette faculté était d'intérêt général, on ne comprendrait pas que l'individu ait qualité pour y renoncer, à lui seul, sans autorisation préalable.

L'obligation d'entretenir un mur mitoyen est parfois lourde, aussi chacun des co-propriétaires a-t-il, sauf cas exceptionnels, la faculté d'abandon (art. 656, 667). En renonçant à sa part dans la clôture et dans le terrain qu'elle occupe, il sera affranchi de toutes charges. Cette faculté d'abandon est imprescriptible; elle n'est point éteinte par le simple non-usage : on n'est point censé y avoir renoncé du fait que l'on est demeuré plus de trente ans sans l'avoir invoqué. De même, l'on ne perd pas ses droits sur un mur mitoyen du fait qu'on ne les exerce pas : si le co-propriétaire d'un mur mitoyen en

1. L'acquisition de la mitoyenneté ne déroge en rien aux règles de cession; Ch. civ., 29 novembre 1899, D. 1900.I.229; Tr. com. Pontoise, 30 janvier 1906, D. 1906.V.48.

2. T. C. Blois, 24 janvier 1906, D. 1906.V.31; v. Nouveau C. civ. annoté, art. 661, n° 325

acquiert, par prescription trentenaire la propriété exclusive ce n'est pas à raison du fait que le voisin n'a pas exercé ses droits et est censé y avoir renoncé; mais c'est parce que celui-là a, en fait, accompli sur le mur des actes ou entreprises, à titre exclusif, en contradiction avec le droit de celui-ci qui ne les ignorait pas et qui cependant laissait faire¹.

2^e Série. — *Facultés dont l'exercice impose aux tiers une obligation de laisser faire.* — Parmi ces facultés (improprement appelées servitudes légales), dont l'exercice impose aux voisins, non pas l'accomplissement d'un acte positif, mais seulement une obligation de laisser faire quelque chose sur leur *propre fonds*, il convient de citer la servitude d'enclave, la servitude d'aqueduc, d'appui et de drainage. Toutes s'exercent non pas sur notre propre fonds, mais sur le fonds d'autrui à qui elles imposent une charge extraordinaire; aussi leur utilité est-elle contrôlée par les Tribunaux, et leur exercice suppose-t-il une juste et préalable indemnité :

1^o *Servitude d'enclave.* — Elle est prévue par l'art. 682 Code civil : « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation... peut,

1. Ch. civ., 8 novembre 1905, D. 1906.I.52; v. J. Génér. Servit., n° 483; Suppl. Eodem, n° 172. Une contradiction semble exister entre les art. 656 et 663 C. civ. Dans l'art. 656, le propriétaire peut se soustraire aux frais de réparation en abandonnant la mitoyenneté; dans l'art. 663, chacun peut contraindre son voisin dans les villes et faubourgs à contribuer aux constructions et réparations de la clôture... En réalité l'art. 663 est un texte exceptionnel, qui doit être interprété restrictivement, et les tribunaux ont toujours décidé que l'acquisition de la mitoyenneté, conformément à l'art. 661, était facultative. Cass., 25 juillet 1929, *Gaz. Trib.*, 23 août 1929.

à charge d'indemnité, réclamer un passage sur les fonds de ses voisins ».

Nous avons vu que le riverain d'une voie publique ne saurait revendiquer sur celle-ci aucun droit de servitude et qu'en conséquence son fonds ne saurait être considéré comme enclavé; mais, au contraire, serait en état d'enclave une propriété qui n'aurait d'issue que sur une rivière, sur laquelle le passage par bac ou bateaux présenterait des dangers ou de graves inconvénients, s'opposant à l'exploitation du terrain par cette voie¹.

Cette « servitude » peut être réclamée en tout temps; elle est imprescriptible. S'il existait un passage par tolérance, aussi longtemps que la permission serait accordée, il n'y aurait pas lieu de réclamer le bénéfice des articles 682 C. civ. et suivants; mais, si cette tolérance cessait, l'enclave naîtrait immédiatement et les textes deviendraient aussitôt applicables².

2°. *Servitude d'aqueduc*. — La loi du 29 avril 1845 est ainsi conçue : « tout propriétaire qui voudra se servir pour l'irrigation, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à charge d'une juste et préalable indemnité » (art. 1^{er}).

« La même *faculté* de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement (art. 3) ».

1. Bordeaux, 9 janvier 1883, R. V. Serv., 821, 2°; Req., 31 juillet 1844, R. V. Servitudes, 821.

2. Pandectes belges, *Encyclop.*, Tolérance.

3° *Servitude d'appui*. — Comme la précédente, la servitude d'appui est imprescriptible. Elle ne se perd pas par non-usage pendant trente ans, étant un des attributs de la propriété. Elle est prévue par la loi du 11 juillet 1847 : *art. 1^{er}*. — « ... Tout propriétaire pourra obtenir la *faculté* d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité » ; *art. 2*. — « Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé, pourra *toujours* demander l'usage commun du barrage. »

4° *Servitude de drainage*. — Enfin la loi du 10 juin 1854, dispose que tout propriétaire qui veut assainir son fonds par le drainage ou autre mode d'assèchement peut, moyennant indemnité, en conduire les eaux souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou d'une voie d'écoulement.

« De leur côté, les propriétaires de fonds voisins ou traversés ont la *faculté* de se servir des travaux faits. »

Ces droits donnés pour répondre à des besoins variables suivant les circonstances, sont imprescriptibles, aussi le texte emploie-t-il, à juste titre, le terme de « *faculté* ».

B) *Facultés dont l'exercice ne suppose pas
la mise en cause d'un tiers.*

Parmi les facultés qui s'exercent sur notre propre fonds et sans qu'il y ait lieu, à quelque titre que ce soit, d'obtenir le concours, le consentement ou la mise en

cause d'un tiers, il convient d'insister notamment sur la faculté de bâtir, de se clore, d'ouvrir des jours aux distances légales, d'opérer des fouilles dans sa propriété, d'absorber ou de laisser couler l'eau d'une source.

1° *La faculté de bâtir.* — Quelque temps qu'on ait été sans bâtir, le voisin ne peut, sauf servitude conventionnelle, empêcher qu'on le fasse ou, *a fortiori*, exiger qu'on rétablisse les bâtiments existant antérieurement.

C'est qu'en effet, bien que l'édification d'une construction nouvelle le prive, en fait, de lumière, de vue et d'air, il n'a aucun droit acquis au maintien des lieux dans leur état actuel : comme nous le montrerons, tant que la propriété voisine n'a pas été construite, il n'a pas joui d'un droit véritable, mais d'une « pure faculté », c'est-à-dire d'un profit sans droit. Et c'est pourquoi, le fait de n'avoir pas bâti pendant plus de trente ans, ne saurait servir de fondement suffisant pour engendrer, à l'encontre du propriétaire, la servitude de ne pas bâtir, puisqu'il est, au contraire, ainsi que le dit Dunod, « de liberté naturelle de faire sur son fonds ce que l'on veut, pourvu qu'on en retire quelque avantage et que ce ne soit pas dans le seul but de nuire, quoique le voisin en souffre : on lui fait bien préjudice, mais on ne lui fait pas injure, car on use de son droit ».

La question qui se pose au sujet de la faculté de bâtir est de savoir, non pas si elle peut être contredite, mais quels actes entraînent contradiction. Troplong (N° 113) enseigne que pour rendre prescriptible la faculté de bâtir, il suffit de signifier au propriétaire du terrain, par acte extra-judiciaire, qu'on entend qu'il n'use pas de cette faculté, et que si, dans les trente ans, il n'a

pas protesté contre cet acte, son droit de bâtir est prescrit. Tel n'est pas notre avis : ainsi que nous l'avons dit, le non-exercice d'une faculté n'est pas suffisant pour en faire, à lui seul, présumer l'abandon. La contradiction n'est pas un moyen pour éteindre le droit d'autrui, mais pour l'acquérir en ses lieu et place, pour supplanter et paralyser un titre ancien; elle se rattache donc à l'étude de la prescription acquisitive et non pas extinctive; elle nécessite l'accomplissement d'actes matériels et une possession exclusive. Tel n'est pas le cas en l'espèce; aussi le voisin n'acquiert-il rien, en faisant une signification; celui à qui la notification a été ainsi faite n'est pas tenu de la contester; il en serait autrement si des ouvrages apparents et à titre exclusif avaient été accomplis sur le fonds¹.

2° *La faculté de se clore.* — La faculté de clôturer sa propriété est absolue; elle est imprescriptible et s'exerce à l'encontre de tous. Ainsi, alors même qu'une servitude de passage grèverait le fonds, le propriétaire conserverait le droit de se clore pourvu qu'il ne porte pas atteinte au droit de passage².

A ce principe, le Code apporte une seule exception en faveur du propriétaire dont le fonds est enclavé et qui n'a sur la voie publique aucune issue (art. 647 et 682; L. 20 Août 1881)³.

1. En ce sens, v. Pandect. belges, *Impres.* 34; J. G., *Presc. civ.*, n° 61; Dalloz, Code ann., art. 2226, n° 73; v. Merlin, Marcadé, sur l'art. 2227.

2. Caen, 20 janvier 1891, D. P., 92.II.176.

3. L'existence sur le fonds d'un droit de vaine pâture avait, surtout dans l'ancien droit, donné lieu sur ce point, à de nombreuses difficultés que nous avons envisagées; v. *supra*, p. 214.

3° *Faculté d'ouvrir des jours aux distances légales*¹.

En ce qui concerne l'ouverture des jours dans le mur même, deux hypothèses sont à distinguer suivant que le mur est privatif ou mitoyen.

a) *Si le mur est privatif.* — L'art. 676 dispose que le propriétaire d'un mur non-mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maille et à verre dormant.

L'ouverture de ces jours n'est pas autre chose que l'exercice même du droit de propriété; elle ne constitue donc pas, à proprement parler, un empiètement sur le droit d'autrui et ne peut servir de base à une possession acquisitive; aussi le propriétaire voisin pourra-t-il toujours acquérir la mitoyenneté et exiger leur suppression; mais s'il n'agissait pas au moment de l'acquisition de la mitoyenneté, la possession deviendrait utile pour prescrire à son encontre (Cass. req. 19 Avril 1849, D. 49, I, 364). C'est au reste, dans les mêmes conditions que l'existence de ces jour serait opposable au voisin qui acquerrait la mitoyenneté, si ceux-ci avaient été effectués en dehors des distances légales (Huc, Code civil, tome IV, p. 381), à moins que n'ayant causé aucun préjudice au voisin et n'ayant été considéré que comme jours de pure tolérance en raison de la disposition des lieux, celui-ci n'ait pas eu de motif pour en demander la suppression. (Pand. Belg., Serv. de jour, N° 66).

1. Cf. notamment art. 668, 669, 670, 671. Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers... ou par des usages existants. Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie.

b) *Si le mur est mitoyen* : — Si le mur est mitoyen l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, y pratiquer aucune fenêtre ou ouverture (art. 675) même à verre dormant. Alors même que le propriétaire voisin n'en demanderait pas la destruction, ils n'ont qu'une existence précaire et de pure tolérance; ils « ne peuvent faire acquérir aucun droit opposable à l'exercice, par le voisin, de son droit absolu de propriété sur son terrain¹, à moins qu'ils n'aient été de telle nature qu'ils auraient dû normalement éveiller l'attention du voisin et provoquer ses protestations, auquel cas ils pourraient être acquis par prescription². De même, l'autorisation de pratiquer des ouvertures dans un mur mitoyen obtenue sous la condition de les fermer et supprimer sur une simple invitation, est un acte de simple tolérance et ne peut fonder ni possession, ni prescription³.

c) *Ouverture de jours en vertu d'un contrat*. — Les parties peuvent convenir que l'ouverture des jours aura lieu en deçà des distances légales; il s'agit alors, en ce cas, d'une servitude conventionnelle qui doit être exercée dans les trente ans sous peine d'être perdue par non-usage⁴.

Cette solution a pourtant été controversée. Aux

1. Req., 20 avril 1891, D. P., 91.I.273; Req., 15 juin 1881, D. P., 83.I.259.

2. Req., 19 avril 1849, D. P., 49.I.364.

3. Dijon, 20 décembre 1871, S. 72.II.72. V. en outre art. 657 : tout propriétaire peut faire construire contre un mur mitoyen et y placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur, sans préjudice du droit du voisin de faire réduire la poutre à l'ébauchoir.

4. Montpellier, 10 août 1865, S. 66.II.19.

termes d'une convention passée entre deux propriétaires voisins le 2 mars 1814, l'un d'eux avait obtenu le droit d'ouvrir des jours en deçà de la distance légale, pour le cas où il construirait. Ce fut seulement en 1860 que le grenier fut construit et que le propriétaire prétendit user de son droit. Le voisin s'y opposa, et l'assigna devant le Tribunal de Béziers, pour obtenir la suppression des jours, invoquant que cette servitude était éteinte par prescription. Par jugement du 30 avril 1861 le Tribunal le débouta de sa demande, attendu « que le droit d'ouvrir des jours pour éclairer un grenier ne pouvait être exercé que du jour où celui-ci construirait ». La Cour de Montpellier adopta les motifs des premiers juges. Mais la Cour de cassation, appliquant le principe que toute faculté conventionnelle est prescriptible, cassa cet arrêt, attendu qu'il s'agissait, en l'espèce, « de la prescription d'une servitude promise et non encore constituée qui par conséquent se trouve régie par les principes relatifs à la prescription des droits conventionnels en général » et que, précisément, « la prescription des droits résultant d'une convention commence à courir du jour où ces droits ont pris naissance, et qu'ils ont pu être valablement exercés. La Cour fit également remarquer que « si la servitude de jour stipulée dans le contrat de vente au profit du bâtiment que X... se proposait de construire ne pouvait être définitivement constituée que par la construction de ce bâtiment, il n'est pas moins certain... que l'obligation contractée de souffrir cette servitude n'était subordonnée à aucune condition, ni à aucun terme, et qu'en conséquence, X... et ses successeurs, ont pu en demander immédiatement l'exécution, soit en faisant la cons-

truction projetée, soit en s'opposant à tout acte qui aurait pu former un obstacle à la servitude¹ ».

Nous pensons que cette solution, fortement motivée s'impose : le droit d'ouvrir des jours au deçà de la distance légale, pour le cas où l'on viendrait à construire, est à notre avis soumis à la prescription du jour où le contrat, conférant ce droit, a été passé. Si la solution contraire était admise, on aboutirait, en effet, à d'étranges conséquences, et le droit d'exercer cette servitude deviendrait, en fait sinon en droit, à jamais imprescriptible, puisque rien ne peut forcer l'acquéreur à élever sa construction, dans le délai de trente ans, à moins de stipulation formelle.

Ne pourrait-on cependant objecter que, dans l'espèce il y avait en réalité une condition suspensive contre laquelle la prescription ne peut courir ?

C'est ce que disait M. Belime² : Tant que la maison n'est pas construite, Primus n'est pas encore propriétaire de ce droit : il n'en est que créancier conditionnel. Or, d'après l'art. 2.257, la prescription ne court contre une créance conditionnelle que du jour où la condition s'est réalisée.

M. Demogue soutient qu'il s'agit là d'une servitude éventuelle, qui ne deviendrait actuelle que du jour où le bâtiment aurait été fait. L'éventualité, qui empêche « le droit de se former, dépend de la seule volonté du bénéficiaire, c'est de l'une des parties qu'il dépend de le rendre actuel. » C'est seulement à partir du moment

1. 13 décembre 1863, S. 64.I.77. Cf. *supra*, p. 101. Sur la prescriptibilité des « facultés conventionnelles », v. Agen, 23 janvier 1860, S. 60.II 317; Cass., 2 juillet 1862, S. 62.1041 et les autorités citées.

2. *Traité du Droit de possession et des actions possessoires*, 1842, n° 68.

où l'acte aura été réalisé que le droit deviendra prescriptible¹.

Il semble que l'on puisse répondre à cette objection que dans l'hypothèse qui est envisagée, ce qui est en suspens, ce n'est pas en réalité la naissance du droit, mais seulement son exercice. Le droit de prendre jour hors des distances légales est né au moment où le contrat a été passé, seul l'exercice dépend de la volonté du bénéficiaire; et ce non-exercice pendant trente ans entraîne perte du droit, le propriétaire voisin n'ayant pas entendu conférer autre chose qu'un droit dont le titulaire doit user dans les trente ans, sous peine d'être considéré, à juste titre, comme renonçant. Au surplus la maxime « *contra non valentem agere non currit præscriptio* », n'est pas applicable puisque ainsi que l'a fait remarquer la Cour de cassation, le bénéficiaire de la servitude pouvait construire dès la conclusion du contrat, et s'opposer à dater de ce jour, à tout acte qui aurait été contraire à cette servitude non encore exercée.

4° *Faculté d'opérer des fouilles dans sa propriété.* —

Le propriétaire a la faculté, en conformité avec les règlements locaux, de fouiller son fonds, d'y creuser une fosse ou un puits, et d'en tirer tout le parti possible à moins que l'on n'ait acquis contre lui une servitude; on ne saurait lui faire aucun grief de ce qu'il a laissé sommeiller cette faculté pendant trente ans, se contentant de jouir de sa propriété dans l'état où elle était.

Si, en creusant, il coupe les veines du puits du voisin, quelque incommodité qui en résulte, ce dernier n'est

1. Demogue, *Revue trim. Dr. civ.*, 1906, v. 311 et suiv.

pas recevable à se plaindre¹. C'est qu'en effet il est propriétaire aussi bien que le voisin qui n'a aucun droit de servitude sur son fonds. Pourquoi, dès lors ne pourrait-il retirer de son fonds une utilité pareille ? En privant le voisin de l'eau, il ne le prive pas d'un droit, mais d'un simple profit, d'un pouvoir de fait que l'un détenait que parce que l'autre n'exerçait pas son droit de propriété. Le premier usant d'une faculté prive le voisin de ce qui n'est pas à lui, mais n'encourt aucune responsabilité, malgré le préjudice que ce dernier peut subir par l'exercice de ce droit. (V. Troplong, Presc. n° 115).

5° *Faculté de couper les racines avançant sur son fonds.* — L'art. 673 dispose que celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux peut contraindre le voisin à les couper; si ce sont des racines, ronces, brindilles, il a le droit de les couper lui-même à la limite de la ligne séparative. Ce droit, avant que la loi du 12 février 1921 ne l'ait reconnu, avait toujours été déclaré imprescriptible par la jurisprudence².

Ce texte est curieux à noter, puisqu'il est un des rares cas où il soit permis de se faire justice à soi-même; il rappelle donc, de fort loin, la justice privée.

6° *Faculté d'absorber ou laisser couler l'eau d'une source.* — Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites

1. En droit romain déjà, on se refusait à admettre le « *damnum infectum* ». V. 4, 24 § 12. D. de *damno infecto*, Ulpien, Pomponius; 4, 21, D. de *aqua pluvia arcend*; Dunod, p. 87.

2. Caen, 3 mars 1893, D. P. 94.II.3.

et besoins de son héritage » (art. 642). Par conséquent, le propriétaire du terrain peut absorber entièrement l'eau de source ou la recueillir pour la vendre, sauf restrictions diverses (art. 643).

Les propriétaires inférieurs, qui ont reçu l'eau à titre de servitude, ne peuvent invoquer à leur profit un droit à l'écoulement des eaux, puisqu'il s'agit d'une obligation et que la soumission à une charge imposée à la propriété ne saurait servir de base pour la possession, c'est-à-dire pour l'acquisition d'un droit : le profit qu'ils retirent du non-usage de l'eau par le propriétaire supérieur, ne saurait se transformer en droit. Ce profit est indépendant de leur volonté, ainsi que de celle du propriétaire du fonds supérieur; il dérive de la pente naturelle du lieu. Aussi, alors même qu'ils auraient usé des eaux à leur passage pendant plus de trente ans, ils ne pourraient pas s'opposer à ce que le propriétaire de la source les retienne et les absorbe¹. En d'autres termes :

1° Le propriétaire du fonds supérieur a un moyen légal d'empêcher les propriétaires inférieurs d'user de l'eau : c'est de la retenir pour lui-même;

2° Les tiers n'ont pas d'action pour empêcher le propriétaire de s'en servir quand bon lui semblera, de même que celui-ci, à l'inverse, n'a aucune action pour empêcher les tiers d'en user quand il ne s'en sert pas.

Pour que la prescription puisse s'accomplir au profit des propriétaires inférieurs, il faudrait que les actes soient exercés à titre exclusif et que le propriétaire de la source soit investi d'une action en justice à l'effet

1. Dunod, *Traité des prescriptions*; de Loynes, *Revue critique*, 1899, n° 26; Aubry et Rau, *Dr. civ.*, t. III, p. 38, § 244, note 17; et les autorités et arrêts cités par ces auteurs.

soit d'empêcher l'exécution des travaux, soit d'en demander la destruction. Ces ouvrages — contrairement à l'opinion de certains auteurs¹ — doivent, d'après la jurisprudence, être faits sur le fonds supérieur. A notre avis, peu importerait que les travaux soient effectués sur l'un ou l'autre fonds; il suffit que la contradiction soit manifeste, que les travaux soient effectués au vu et au su du propriétaire du fonds supérieur, et que, de ce fait, il ait une action pour prévenir toute usurpation.

Troplong soutient (Prescript. n° 122) que c'est à tort que l'écoulement des eaux a été rangé parmi les servitudes. L'obligation du voisin de souffrir les eaux livrées à leur cours naturel, dit-il, « est à peu près comme l'obligation de souffrir un orage, de subir l'intempérie des saisons, le cas de force majeure ». C'est un « simple fait », aussi comprend-on qu'on « ne saurait voir là le principe d'une action sujette à prescription ». Mais cette constatation ne change rien à la nature des choses, et en réalité, il s'agit bien là d'une servitude légale découlant de la situation des lieux.

Il faut noter, enfin que tout propriétaire a la faculté d'user et de disposer des eaux fluviales (art. 641) et que celle-ci peut, de la même façon, être contredite par des travaux exécutés par le propriétaire du fonds inférieur depuis plus de trente ans².

Si l'usage de ces eaux, ou la direction donnée, aggraverait la servitude naturelle d'écoulement, une indemnité serait due au propriétaire inférieur; il en est de même si, par des sondages ou travaux souterrains, un proprié-

1. Aubry et Rau, *C. Dr. civ.*, III, p. 67, § 244; Baudry-Lacantinerie et Tissier.

2. Trib. paix Corneilles, 1^{er} septembre 1899, D. P., 1900, II, 349.

taire fait surgir des eaux de son fonds et aggrave, de ce fait, la servitude d'écoulement des eaux.

ANNEXE

ÉTUDE DES DROITS DES RIVERAINS SUR LES RIVIÈRES NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES

Faut-il rattacher les droits des riverains sur les rivières non navigables ni flottables à l'étude des prérogatives imprescriptibles attachées à la propriété ? La question est très discutée, ainsi que nous allons le voir en étudiant les points principaux se rattachant à notre sujet.

Il faut d'abord distinguer entre les droits appartenant aux riverains sur le lit du fleuve et ceux leur appartenant sur l'eau.

1° *Droit sur le lit du fleuve.* — En vertu de la loi du 8 avril 1898, le lit est la propriété des riverains. Ainsi donc, les droits qu'ils y exercent le sont à titre de propriétaire, et comme tels sont imprescriptibles; selon leurs besoins, ils peuvent, lorsqu'ils le jugeront utile, en extraire des matériaux, curer le lit de la rivière, le laisser ensabler, en détourner le cours si la rivière traverse leur fonds, relier les rives par un pont, et faire tous travaux qu'ils jugent nécessaires.

Lorsque le cours d'eau est à sec, le lit sera utilisé par les « riverains et autres intéressés » comme voie de circulation, à l'exclusion du public¹.

1. Planiol, I, 2189, 2387.

C'est précisément au sujet de l'utilisation de la rivière comme voie de circulation que naissent les plus grandes difficultés. Sur ce point, il faut poser en principe que la faculté de circuler sur une rivière doit être reconnue au public, c'est-à-dire à tout individu qui peut détacher une barque, mais qu'elle doit céder devant l'exercice des droits du riverain : celui-ci peut se clore, effectuer tous barrages qu'il juge utiles, car en vertu de la loi de 1898, la faculté d'utiliser l'eau comme moyen de circulation qui appartient au premier venu, doit cesser dès qu'elle risque de léser un droit quelconque; pour que la plus légère atteinte puisse être portée aux droits des riverains, il faut qu'un décret organise le régime du flottage à bûches perdues ou détermine les servitudes nécessaires¹.

La limitation de la faculté de circulation du public en raison de l'existence des droits positifs du riverain, résulte du principe que l'exercice de notre activité générale ne saurait porter atteinte aux droits acquis par les tiers. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, les facultés que l'homme tient de la nature, de sa seule qualité d'homme, « cèdent et se retirent devant une conquête de l'individu sur la communauté ». Ce que peut demander leur titulaire, c'est qu'on entrave pas leur exercice sans raison; ce serait une atteinte à la liberté. La faculté d'employer l'eau, comme véhicule, devra donc s'effacer devant les droits consacrés par le Code; et l'on ne

1. Rougier, *Revue critique*, 1903, p. 22 et suiv., De la navigation sur cours d'eau non navigables. — Comp. cependant : Paris, 26 juillet 1901, D. 1902.2.201; cet arrêt a décidé que le riverain dont la propriété est traversée par une rivière, ne peut tendre des chaînes en travers de celle-ci, de telle sorte que la faculté de circulation des autres riverains se trouve ainsi abolie.

saurait dire en conséquence qu'un conflit soit possible entre les facultés générales du premier, et les droits facultatifs positifs du second¹.

Aussi la faculté de circulation du public sur un cours d'eau est-elle nécessairement très précaire, à moins qu'il ne s'agisse d'un « droit acquis par les riverains et autres intéressés sur les parties des cours d'eau qui servent de voie d'exploitation pour la desserte de leur fonds », droit qui est spécialement protégé par l'article 4 de la loi de 1898, et qui, s'analysant en une véritable servitude, s'impose au respect du riverain².

2. *Droits sur l'eau de la rivière.* — Le Code dispose que celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle déclarée dépendance du domaine public par l'article 538, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés; celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire (644)³.

L'étude de ce « droit d'usage » doit, à notre avis, être rattachée à celle des facultés découlant de la propriété : c'est, en effet, parce qu'il est propriétaire ou qu'il en exerce, en fait ou en droit, les prérogatives, et uniquement pour cette raison, que l'occupant d'un terrain bordant une eau courante bénéficie de ces dispositions légales. Cependant cette opinion est loin d'être admise par l'unanimité des auteurs, les thèses les plus diverses ayant été émises sur ce point⁴.

1. Arrêt Trichot, Trib. d'Etampes, 15 février 1887, *Gaz. Pal.*, 1889, I, 548.

2. Sur le sens de « droit acquis », v. Rougier, *Revue critique*, 1903, p. 112.

3. Sur l'étendue, les limitations des droits des riverains, v. Planiol, I, n° 2416 et suiv.

4. Cf. Boccacio, thèse, Lyon, 1910, *Droit de riveraineté*; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, p. 478, n° 491 et suiv.

Certains auteurs contestent tout d'abord que le riverain bénéficie d'un droit véritable : il ne s'agit là, disent-ils, que d'une simple tolérance, celui-ci n'ayant la possibilité de puiser de l'eau qu'en observant les règlements et que conformément aux autorisations et décisions de l'administration. Cette opinion repose sur une analyse insuffisante : la permission accordée au riverain par l'administration intervient, non pas comme une faveur, mais comme la consécration définitive d'un droit dont elle précise l'étendue. Aussi le riverain aurait-il, en cas de refus, un recours contre l'administration¹.

Pour Critesco, le droit des riverains consisterait en un simple droit de priorité à l'usage des eaux, dérivant de la situation de leurs héritages. Pour la jurisprudence² il consisterait en un simple « droit d'usage » ; ce qui est critiquable puisque l'usage porte sur chose d'autrui ; qu'il est concédé à charge de rendre la substance, qu'il n'est jamais établi par la loi, et qu'enfin il est prescriptible.

Pour Michas, ce serait une servitude, ainsi que l'indique la place du texte ; à quoi l'on peut répondre que toute servitude est indivisible, qu'elle suppose un fonds dominant et un fonds servant, qu'elle s'éteint par non-usage, alors que le droit dérivant de la riveraineté est cessible et imprescriptible (art. 703 et 706).

Dans le Traité de MM. Planiol et Ripert, M. Picard admet, au contraire, que ce droit est un droit réel *sui generis*, tandis que certains auteurs s'appuient sur quelques arrêts de jurisprudence pour décider qu'il s'agit

1. Berthélemy, *Traité élém. Dr. adm.*, éd. 1923, p. 504.

2. Cass., 14 février 1833, D. 33.1.138.

d'un droit de copropriété indivise¹, comportant le *fructus*, l'*usus*, l'*abusus* (Laurent) dans laquelle l'indivision serait une indivision forcée, comme l'était avant la loi de 1881, la copropriété d'un chemin d'exploitation desservant plusieurs fonds. A cela M. Capitant fait remarquer justement que, d'une part, le droit des riverains est instable et précaire à cause des pouvoirs reconnus à l'Administration, en tout cas bien peu comparable au droit de propriété : absolu, illimité, indépendant, et que, d'autre part, l'*abusus* du droit est bien affaibli, bien incomplet².

Du point de vue qui nous occupe nous reprocherons à ces théories de ne s'être point préoccupées suffisamment de la question de savoir si ce droit était prescriptible ou non, d'avoir recherché à le rattacher à telle ou telle catégorie existante, plutôt qu'à en rechercher les règles particulières qui le gouvernent.

Le droit des riverains est, à notre avis, une faculté légale, c'est-à-dire un droit imprescriptible dérivant de la propriété des rives et du lit, et conférant aux riverains certaines prérogatives égales pour tous.

C'est la thèse soutenue par Planiol. Cet auteur considère les droits des riverains comme dérivant du droit de propriété lui-même, au même titre que la faculté de se clore ou de demander le bornage. S'ils sont imprescriptibles, c'est pour un double motif, d'abord parce qu'ils sont l'accessoire du droit de propriété, et qu'ensuite, portant sur une chose commune, ils se manifestent comme non-susceptibles de possession exclusive; chaque riverain conservant la faculté d'user de l'eau

1. Cass., 7 juin 1869, D. 69.1.441.

2. Capitant, D. 1902. II. 226, note 1.

suivant ses besoins, en se conformant aux règlements d'ordre et de police et les actes accomplis par chacun ne constituant pas un empiètement sur le droit des autres riverains¹.

Certains auteurs se sont cependant refusés à admettre que les droits des riverains puissent être assimilés aux facultés découlant du droit de propriété; ces dernières dit-on, ne peuvent s'exercer indépendamment de la propriété du fonds, dont elles sont les attributs, tandis que « le droit des riverains est cessible et peut être exercé par toute personne, riverain ou non. Peut-on par exemple, exiger la mitoyenneté d'un mur sans être propriétaire de l'immeuble contigu ? Toute personne peut au contraire user de l'eau courante dès qu'elle a reçu du riverain la cession de son droit » (Boccacio).

Nous ne pensons pas que ce raisonnement puisse être retenu. L'exercice des facultés n'est pas, en effet, toujours intimement lié au droit de propriété : la faculté de bâtir peut être concédée au locataire emphythéotique, le partage peut être demandé par l'usufruitier (et il vaudrait, au moins à titre provisionnel), la faculté de passage prévue par l'article 682 peut être exercée non seulement par le propriétaire du fonds, mais par tout locataire; ceci prouve que la cessibilité des facultés inhérentes au droit de propriété (ou leur exercice par le titulaire d'un droit autre que le droit de propriété) est possible dans la majorité des cas, tout aussi bien que lorsqu'il s'agit des droits dérivant de la riveraineté.

On a parfois usé alors d'un second argument : l'exer-

1. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. III, p. 52, § 246, texte et note 33 et autorités qu'ils citent; Vazeille, *Prescrip.* n° 59; de Loynes, *Rev. crit.*, 1889, § 28.

cice des facultés inhérentes au droit de propriété, dit-on, « ne cause de préjudice à personne, et si parfois cela se produisait, le propriétaire serait tenu de payer une indemnité proportionnée au préjudice causé. Ici au contraire, le propriétaire riverain qui détourne une partie des eaux sans la rendre à la sortie de son fonds, qui cause un préjudice certain aux riverains inférieurs, n'est pas tenu à indemnité ».

On peut répondre à cette objection que l'exercice d'une faculté inhérente au droit de propriété ne donne lieu, ainsi que nous l'avons vu, à indemnité au profit du voisin que si elle limite son droit et lui porte un préjudice véritable (faculté de passage, servitude d'aqueduc sur fonds voisin), mais non si elle le prive d'un simple profit, d'une « pure faculté ». Il en est de même en cas de riveraineté; lorsque le riverain use de l'eau dans la mesure établie par les règlements d'eau, les riverains inférieurs ne peuvent se plaindre, alors même qu'ils auraient joui jusque-là, par suite de son abstention, d'un volume d'eau plus considérable.

La faculté que possède le riverain d'user des eaux bordant ou traversant sa propriété, si elle est imprescriptible, peut se perdre par la contradiction; celle-ci résultera d'ouvrages élevés sans droit par un autre riverain qui, constituant un empiètement (caractérisé, non équivoque, permanent, apparent et exclusif de toute idée de tolérance) à l'encontre du propriétaire voisin ou inférieur dont ils empêcheront l'exercice de ses droits, conduiront à la prescription acquisitive¹.

1. Le Tribunal civil (et non pas les Tribunaux administratifs) est compétent pour ordonner la destruction. V. Aubry et Rau, t. II, p. 133, § 185, note et autorités citées. Cet empiètement ne saurait être contraire aux règlements administratifs qui ont un caractère d'ordre général (Req.,

Mais le point de départ de cette prescription doit être envisagé selon les trois hypothèses qui peuvent se présenter.

S'agit-il d'un riverain supérieur qui veut prescrire contre les riverains inférieurs ? il faudra que non seulement il absorbe un volume d'eau plus grand que celui auquel il a droit, mais encore qu'il établisse un empêchement matériel (barrage) à l'exercice des droits des autres riverains. A partir de ce moment les riverains pourront agir contre lui soit au possessoire, soit au pétitoire¹.

Les mêmes principes s'appliqueront lorsque le litige s'élèvera entre deux riverains propriétaires en face l'un de l'autre².

S'agit-il d'un riverain qui veut prescrire contre un riverain supérieur ? La question est délicate. Il faut des ouvrages apparents et permanents, comme dans les hypothèses précédentes, mais ceci n'est point suffisant, dit de Loynes, pour faire naître un empiètement à son profit; pour atteindre ce résultat, il faudrait, dit-il, avoir recours à des actes judiciaires ou extra-judiciaires qui ne laissent subsister aucun doute sur la volonté formelle du riverain inférieur. Cette opinion est admise par certains auteurs qui décident, en conséquence, que cet acte servirait de point de départ à la prescription extinctive du droit du riverain supérieur; mais tel n'est point notre avis : la faculté dont s'agit étant impres-

3 août 1863, D. 64.1.43; notons que le droit des riverains peut être modifié par l'acquisition par un tiers d'une servitude de prise d'eau qui, lorsqu'elle est continue et apparente, peut s'acquérir par destination du père de famille (Civ., 19 décembre 1887, S. 88.1.149).

1. Req., 2 avril 1872, S. 72.1.376; Laurent, *Principes Dr. civ.*, t. VII, n° 306 suiv.; de Loynes, *Revue critique*, 1889, n° 28.

2. Req., 11 mai 1868, D. 68.1.468.

criptible, il ne peut s'agir, en l'espèce, que d'une prescription acquisitive pouvant jouer au profit du riverain inférieur¹.

Une question se pose encore : l'usage des eaux courantes, constituant une quasi-possession, est-il susceptible de donner lieu à action possessoire ? La jurisprudence l'admet dans les cas suivants : 1° Le riverain a usé de l'eau courante dans les limites de l'art. 644 C. civ., il peut agir au possessoire contre toute emprise commise par un individu qui le troublerait dans sa possession, en diminuant le volume d'eau dont il dispose.

2° Si le riverain a construit des travaux impliquant contradiction apparente et permanente du droit des autres riverains, il pourra se défendre contre le trouble venant d'un tiers, si la situation a duré au moins un an.

3° Le riverain qui, profitant de l'inaction des autres, a excédé son droit et a absorbé, pendant plus d'un an, la totalité disponible des eaux courantes a une possession utile qu'il a le droit de défendre au moyen de l'action possessoire².

Puisque dans ces hypothèses, il s'agit d'une simple possession de tolérance, entachée de précarité, on eût cependant été en droit de penser qu'elle n'aurait pas dû être protégée, néanmoins la jurisprudence a voulu garantir provisoirement le fait de la possession, indépendamment de la question de savoir si celle-ci avait les qualités requises pour conduire à la prescription, cette

1. V. Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ.*, t. III, p. 52, 53, § 246; Dunod, sens contraire, *Presc.*, p. 90.

2. V. Cass. civ., 25 juillet 1888, S. 88.1.463; Cass. Req., 25 février 1889, S. 89.1.328; Civ., 30 novembre 1903, D. 1904.1.183.

dernière question devant être résolue seulement au pétitoire.

Elle alla même plus loin encore. En se fondant sur l'article 6, al. 1 de la loi du 25 mai 1838 (art. 8, al. 2, L. 12 juillet 1905) qui donne compétence au juge de paix pour connaître, à charge d'appel, des emprises commises *dans* l'année sur le cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés, des dénonciations de nouvel œuvre, « complainte, réintégrande et autres actions possessoires », elle a affirmé l'existence d'une action possessoire particulière ayant des caractères et des règles spéciales. Aussi, la Cour de cassation¹ a-t-elle décidé que l'action intentée par le propriétaire dont le terrain est *traversé* par un cours d'eau, à l'effet de faire condamner « un riverain inférieur pour avoir moins de l'an détruit un barrage établi par le demandeur..., ne constitue pas une action en complainte, qu'elle n'est pas subordonnée, en vertu de la loi de 1838, à la nécessité plus qu'annale de l'usage de ce barrage... et qu'en conséquence la preuve de la possession annale est surabondante² ».

1. Civ., 19 novembre 1866, S. 67.1.32.

2. Pour être plus complet en cette matière, il resterait à étudier : 1° Les droits des riverains sur les rivières navigables et flottables (cf. Planiol et Ripert, *Les Biens*, III, n° 503 et le droit public). Il s'agit alors de permissions révocables, sans indemnité, selon formes prescrites. Le concessionnaire est traité comme un possesseur ; 2° les droits des riverains sur les eaux tombant sur le domaine public (sur ce point, cf. Cass., 6 juillet 1896, S. 1897.1.446). Le principe est que les eaux faisant partie du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles. Mais une distinction s'impose : a) il y a une concession expresse : 1° le bénéficiaire a seul le droit d'en user, il peut agir contre les tiers ; 2° les propriétaires inférieurs peuvent prescrire contre le bénéficiaire par contradiction ; 3° vis-à-vis de l'administration, tous ces droits sont précaires ; b) il n'y a pas de concession expresse : les riverains reçoivent l'eau à titre de servitude, ils peuvent la retenir ou l'absorber. Ils n'acquièrent aucun droit contre l'administration : 1° le propriétaire supérieur peut donc retenir ou dériver les eaux ; 2° le propriétaire inférieur, ne peut rien

Section III

CARACTÈRES DES DROITS FACULTATIFS DANS LE COMMERCE

Pour dresser en quelque sorte un tableau synoptique des caractères des droits facultatifs que nous venons d'examiner (et en particulier des facultés dérivant de la propriété), et ce, par opposition aux caractères que présentent les droits facultatifs de la première catégorie, il est nécessaire de poser les quelques brèves remarques suivantes :

1° Ce sont des facultés communes à toute une classe d'individus.

Elles appartiennent donc, non pas à l'ensemble des hommes, mais à une « catégorie », à une « classe d'hommes » (classe de propriétaire par exemple), dont elles forment les attributs essentiels et qui peut être opposée ou comparée aux autres « classes » composées par les autres hommes.

a) Leur existence est supposée et sous-entendue par les parties au moment où elles stipulent; et c'est en ce sens que l'on peut dire qu'elles sont antérieures à tout droit formé et qu'elles forment la matière des conventions, puisque, bien que le contrat soit à leur origine immédiate et apparente, c'est la loi seule qui est à leur origine médiate. Ce ne sont donc pas les parties qui peuvent les faire naître ou les créer, à proprement parler; elles peuvent seulement, par leurs stipulations, soit en

opposer au propriétaire supérieur. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le caractère des actes qu'il accomplit soit transformé par contradiction (v. de Loynes, *Revue critique*, 1889, n^{os} 27 et suiv.).

limiter l'exercice (établissement d'une servitude conventionnelle), soit en préciser l'étendue, soit enfin les transmettre en tout ou en partie (vente de la pleine propriété; constitution d'usufruit).

b) Ces facultés s'exercent sur des choses déterminées :

L'objet matériel sur lequel elles s'appliquent est toujours individualisé; elles portent sur tels terrains communaux, tels fonds de terre; et ceci contrairement à certaines facultés de la première catégorie (telle que la faculté d'acquisition) où l'objet matériel n'est déterminé qu'au moment de leur mise en œuvre, et que par leur exercice même.

c) Le respect de ces facultés s'impose aux tiers.

Mais à la différence des facultés de la première catégorie, elles rompent l'égalité entre les hommes, elles établissent une « prédominance » d'une « classe » sur une autre « classe ». En effet, le respect du droit de *A* par *B* n'engendre pas nécessairement la même obligation de *A* vis-à-vis de *B*; pour que cette obligation naisse, il faut que *B* entre, à son tour, dans la classe dont fait partie *A*; il n'y a plus alors prédominance d'un individu sur l'autre, mais respect réciproque et obligatoire de droits similaires.

2° Ces facultés sont appréciables en argent.

Puisqu'elles font partie intégrante d'un droit complexe, dont elles sont l'attribut et qui représente un ensemble de valeurs patrimoniales, elles ont donc, en elles-mêmes et prises individuellement, une valeur pécuniaire. Elles sont donc dans le commerce. De là les conséquences suivantes :

a) En premier lieu, elles sont cessibles.

Mais il faut distinguer. S'il est vrai de dire que la ces-

sion pure et simple du droit de propriété entraîne cession de toutes les facultés qui y sont incluses, il n'est pas vrai de conclure, *a contrario*, que la cession de toute faculté entraîne nécessairement perte du droit de propriété. Sans doute, la cession du droit de demander le bornage ou le partage ou la mitoyenneté ne se conçoit qu'avec la vente de la propriété elle-même et la transmission de toutes les prérogatives qui y sont attachées; mais la cession — au moins provisoire — de la faculté soit de se servir de l'eau d'une source née sur son propre fonds, soit de cultiver le champ, soit de bâtir, etc... est concèvable et pratiquement réalisable, sans l'aliénation de la propriété elle-même; résultant d'une concession expresse (contrat de bail), cette faculté fera retour au propriétaire au jour de l'expiration de la convention.

A la vérité, certaines de ces facultés sont cependant incessibles; ce sont celles qui s'exercent à titre personnel; il en est ainsi du droit des habitants d'une commune de recueillir le varech et, d'une façon générale, de récolter les fruits dont la perception doit être faite, en personne, par les copartageants eux-mêmes.

b) En second lieu, on peut renoncer, en principe, à l'exercice de ces facultés :

Les effets de cette renonciation sont différents selon les hypothèses envisagées. Et pour prendre des exemples, la renonciation à la faculté de demander l'appui d'un barrage sur le fonds voisin ou de procéder au drainage de son fonds constitue une renonciation à l'exercice d'une servitude légale; la renonciation à l'acquisition de la mitoyenneté se présente comme une renonciation à la possibilité d'acquisition d'un droit nouveau, tandis, enfin, que la renonciation à la mitoyenneté est la renonciation à un droit déjà acquis.

Au surplus, il convient de rappeler, que, d'une part, pour des raisons d'ordre public, on ne peut renoncer à certaines facultés et notamment à la faculté de demander le partage et que, d'autre part, la renonciation, quand elle est permise, ne se présume pas, qu'elle ne dérive pas du seul non-usage, mais seulement d'une manifestation expresse de volonté ou du libre accomplissement par un tiers d'actes de contradiction.

La question s'est posée de savoir si, en principe, il est possible de renoncer à la propriété en l'abandonnant, en vue principalement de s'affranchir d'une ou de plusieurs obligations dérivant, soit du droit de propriété lui-même (impôts, servitudes), soit surtout de la copropriété¹.

La plupart des auteurs affirment en fondant leur opinion sur les articles 656, 699, 1858 du Code civil qu'ils généralisent, que cet abandon est possible et efficace quand il a pour but de se soustraire à une charge réelle². Mais en est-il de même quand cet abandon a lieu pour se soustraire à une obligation d'entretien incombant à plusieurs copropriétaires ? Ici, les opinions divergent : 1^o MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (Société, n^o 543) soutiennent qu'on ne saurait par le seul fait de l'abandon de la copropriété se libérer de cette obligation qui est personnelle ; 2^o MM. Capitant et Planiol, analysant cette obligation en charge réelle ou semi-réelle, professent au contraire que l'on peut valablement s'en décharger en abandonnant le fonds. La faculté d'abandon, ajou-

1. *Rev. trim. Dr. civ.*, H. Solus, 1922, p. 198 et suiv.; Trib. civ., Brioude, 1^{er} juin 1921, *Gaz. Pal.*, 27-28 novembre 1921; Cass., 2 février 1825, S. 25.1.363; Lyon, 5 février 1834, S. 34. II. 224.

2. Aubry et Rau, 5^e éd., II, § 221, p. 582, note 15; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *les Biens*, n^o 269.

tent-ils, ne doit pas être restreinte aux seuls cas prévus par la loi; comme le déguerpissement de l'ancien droit, elle doit avoir une portée générale. Il reste bien entendu, au surplus, qu'en renonçant aux charges, on renonce en même temps à l'usage de la chose, et que l'on perd tous les avantages que celle-ci peut comporter.

c) Ces facultés sont-elles saisissables ?

Ces facultés dont il s'agit formant le contenu d'un droit complexe, on ne conçoit pas, *à priori* que leur saisie soit possible et puisse présenter quelque utilité sans la saisie même du fonds auquel elles sont attachées. Que signifierait la saisie des facultés de bâtir, de cultiver (sauf saisie-brandon), d'ouvrir des jours, en elles-mêmes et à elles seules ? En d'autres termes, si les facultés dérivant de la propriété sont saisissables, elles ne le sont pas individuellement, mais seulement toutes ensembles et indivisément. Il faut noter cependant que si le propriétaire du fonds avait « monnayé » et mis dans le commerce, en quelque sorte, l'une de ces facultés, qu'il ait concédé à un tiers, moyennant redevance, la faculté de cultiver son champ, par exemple, les créanciers pourraient faire opposition sur le prix qui serait encore dû.

3° Ces facultés sont imprescriptibles.

Si les facultés que nous venons d'envisager ne sont point sujettes à prescription extinctive, on ne peut dire, comme celles de la première catégorie, qu'elles soient en dehors de toute prescription.

Ainsi que nous l'avons remarqué, elles peuvent se heurter à des actes de contradiction émanant d'un tiers, et devant lesquels, si la prescription est acquise,

elles devront céder. Cette contradiction revêt des caractères analogues, mais non pas identiques, à celle qui est prévue par l'article 2238 Code civil en cas de possession précaire : c'est une interversion de *fait* et non de droit, dont les juges apprécient souverainement les caractères¹.

Cette contradiction n'a point pour effet, contrairement à ce que soutenait Vazeille, d'éteindre les facultés dérivant de la propriété; elle les « paralyse » seulement vis-à-vis d'une personne; aussi peuvent-elles revivre encore, si celle-ci ne tire point bénéfice des effets de la contradiction qu'elle a réalisée. En cas de contradiction, il n'y a pas extinction d'une faculté et création, par substitution, d'un droit au profit d'une autre personne, il y a incompatibilité ou conflit de deux droits sur une même chose : dans ce conflit, le titre plus récent, dérivant de la possession, l'emporte sur le titre ancien, provisoirement du moins, puisque ce dernier peut revivre et reste opposable à toute personne autre que celle qui a accompli les actes de contradiction dont il s'agit².

*
* * *

En résumé, il est bien juste de dire, sans doute, que les facultés que nous venons d'envisager, étant inhérentes à un droit complexe, n'ont pas de vie propre par elles-mêmes; cependant, il conviendrait de préciser que, dans certaines hypothèses et par exception, leur cession peut être effectuée sans la transmission du droit dont elles

1. Cass., 25 mars 1844, S. 44.1.602; Cass., 5 juillet 1882, S. 83.1.463.

2. La contradiction se révèle donc comme un moyen pour acquérir des droits nouveaux; elle est un *mode* restreint d'acquisition des droits; aussi serait-il utile de la citer comme telle, à la suite et en liaison avec la prescription.

émanent, que, d'autre part, la renonciation à la majorité d'entre elles n'emporte pas nécessairement perte du droit complexe dont elles font partie, et qu'enfin, la cession ou la renonciation au droit complexe (de propriété, par exemple) peut avoir lieu sous réserve de certaines facultés qui y sont incluses. Et c'est en ce sens que l'on peut dire que ces facultés présentent une certaine autonomie qu'il est bon d'apercevoir avant que de généraliser trop hâtivement.

QUATRIEME PARTIE

LES ACTES DE PURE FACULTÉ

Une question délicate reste à résoudre : Que faut-il entendre par les « actes de pure faculté » prévus à l'art. 2232, C. civ. qui, ainsi que les actes de tolérance, ne peuvent fonder ni possession, ni prescription ? Sont-ils la mise en œuvre de l'ensemble des droits facultatifs ? Forment-ils une catégorie spéciale d'actes facultatifs soumis à des règles particulières ? Doivent-ils être, au contraire, confondus avec les actes de tolérance, comme le texte semblerait vouloir l'indiquer ?

Le Code ne nous fournit aucune indication à cet égard. Aussi, afin de préciser la portée de l'art. 2232 et de donner une définition précise de l'acte de pure faculté, faut-il d'abord s'en rapporter aux travaux préparatoires, puis aux principales opinions des auteurs, sous réserve du droit d'en critiquer et d'en discuter leurs conclusions fondamentales.

De là, les quatre chapitres suivants :

Chapitre I : Historique de l'article 2232, C. civ.

Chapitre II : Opinions des auteurs sur l'art. 2232 C. civ.

Chapitre III : Critique des auteurs.

Chapitre IV : Essai d'une nouvelle définition : Applications principales et analyse de l'acte de pure faculté.

CHAPITRE PREMIER

Historique de l'article 2232 C. Civ.

En droit romain, les actes de tolérance ne fondaient pas possession¹ : « Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit² ».

C'est certainement ce texte, dans lequel il n'était question ni de facultés, ni d'actes de pure faculté qui a servi de base à l'élaboration de l'art. 2232; ce qui ne veut pas dire, toutefois, qu'en le rédigeant les auteurs n'aient pas voulu viser d'autres actes que ceux de tolérance.

L'acte de pure faculté n'est pas, comme on pourrait le penser, le côté actif de la tolérance : c'est-à-dire « l'acte toléré », par opposition à « l'acte de tolérance » proprement dit, et il n'est pas non plus, ainsi que nous le montrerons, assimilable à l'exercice d'un droit facultatif.

Malheureusement, les travaux préparatoires nous sont d'un bien faible secours pour nous permettre de

1. L. 41, 55, de *adquirenda vel amitt. posses.*

2. Cité par Dufour, *Code civil des Français*, t. IV, p. 102, art. 2232.

différencier l'acte de tolérance de l'acte de pure faculté et de donner une définition satisfaisante de ce dernier.

Dans le projet de l'an VIII, il n'est point question des actes de pure faculté, mais seulement de ceux de simple tolérance. Mais le projet de la Commission, présenté au corps législatif le 7 pluviôse an XII (18 janvier 1804) porte (art. 14) : « Les actes facultatifs et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription¹ ».

La section de législation du Tribunal, saisie de ce texte, en sa séance du 14 pluviôse an XII (4 février 1804), proposa à titre de « correction grammaticale » le remplacement, dans cet article, des mots « actes facultatifs », par ceux d' « actes de pure faculté ».

Aussi, la rédaction définitive du Conseil d'Etat, suivant procès-verbal du 12 ventôse an XII (3 mars 1804) est-elle : « les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription ».

La présentation au Corps législatif eut lieu le 8 mars 1804 (17 ventôse an XII). Dans l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu, l'on peut lire que si les actes de pure faculté, ceux de simple tolérance ne peuvent pas être considérés comme des actes de possession, c'est « parce que ni celui qui les fait n'entend agir comme propriétaire, ni celui qui les autorise n'entend se dessaisir ».

Lors de la discussion devant le Corps législatif, en la séance du 24 ventôse an XII (15 mars 1804), le tribun Goupil-Préfeln se borna à une « seule remarque » : la disposition dont s'agit était, disait-il, une « disposition « morale appelant les procédés obligeants. Combien

1. Cf. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, XV, p. 550, 565 et 581.

« de bons offices de voisinage seraient refusés si une
« simple tolérance pouvait, par le laps de temps, devenir
« un titre de servitude. Cette disposition remplacera
« celle de la sage coutume de Normandie, qui voulait
« que nulle servitude ne pût s'acquérir sans titre ».

C'est dans ces conditions que le décret d'adoption fut rendu au corps législatif dans la même séance, et que la promulgation eut lieu le 4 germinal an XII (25 mars 1804).

De ces travaux préparatoires on peut déduire, semble-t-il, les trois points suivants :

1^o Il y a un lien étroit entre l'étude de l'acte de pure faculté et celui de tolérance;

2^o Mais la « liaison » de ces deux termes ne saurait aboutir à leur complète confusion, comme l'a fait Locré par exemple¹.

3^o Entre l'acte de pure faculté et l'acte facultatif, une différenciation — au moins « grammaticale » — s'impose.

Mais par quels moyens et à la suite de quels raisonnements ou déductions obtenir cette différenciation ?

Les Codes étrangers qui ont, pour leur compte, repris l'art. 2232 ou qui s'en sont directement inspiré, ne nous fournissent aucune indication sur ce point.

Et spécialement, le texte du Code civil du Bas-Canada est identique au nôtre. Le Code civil hollandais, dans son article 1993, dispose : « Les actes de violence, de pure faculté, ou de simple tolérance ne peuvent fonder une possession de nature à opérer la prescription ».

L'art. 474 du C. civ. portugais porte dans son alinéa 1 : « les actes de pure faculté ou de simple tolérance ne constituent pas de possession ».

1. *Som. analy.*, 16, p. 53, commentaire sur 2232.

De même, le C. civ. italien se borne à disposer que les actes de pure faculté¹ (*gli atti meramente facollativi*) et de simple tolérance ne peuvent servir de fondement à l'acquisition de la possession légitime, et le C. civ. espagnol, dans son article 1942, envisage seulement les actes de tolérance : « Ne profitent pas à la possession, dit-il, les actes de caractère possessoire accomplis en vertu d'une permission (*licencia*) ou par simple tolérance (*o por mera tolerancia*) du maître ».

Devant une telle carence de l'histoire et du droit comparé, force est donc de recourir à l'interprétation du texte, telle qu'elle a été faite et proposée par la doctrine française.

1. Et non pas les « actes facultatifs », ainsi que l'a traduit M. Buc.

CHAPITRE II

Opinions des auteurs sur l'article 2232

Les opinions des auteurs sont divergentes sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 2232, et sur la définition de l'acte de pure faculté que l'on pourrait proposer. Aussi, y a-t-il lieu, pour exposer clairement les différentes interprétations émises, d'envisager successivement deux questions, d'ailleurs intimement mêlées : 1° quelle portée convient-il de donner, d'après les auteurs, à l'article 2232 ; 2° ce texte se rattache-t-il à l'étude de la prescription acquisitive ou extinctive ?

Section I

PORTÉE PROPOSÉE DE L'ART. 2232

Quatre opinions différentes ont été émises par les auteurs sur la portée et l'étendue de l'art. 2232.

1° Pour les premiers, l'acte de pure faculté se confond avec l'acte facultatif ; 2° Pour les seconds, l'acte facultatif est le genre, et l'acte de pure faculté en est l'espèce ; 3° Pour d'autres, l'art. 2232 ne viserait que l'acquisition des servitudes négatives ; 4° Enfin, pour

les derniers, l'acte de pure faculté se rapprocherait de l'acte de tolérance.

Examinons successivement ces quatre opinions :

1^{re} Opinion : Tout acte facultatif est acte de pure faculté : — Telle est, notamment, l'opinion de *Mourlon*, qui confond les deux termes : « les actes de pure faculté », dit-il, « sont ceux que nous pouvons faire soit en vertu d'une disposition permissive d'une loi municipale ou d'un statut local, soit en vertu du droit naturel¹ ». *Gautier* disait de même : « les actes de pure faculté ne sont pas autre chose que l'exercice des facultés ou droits facultatifs². »

Quant à *Laurent*³, il remarque que l'art. 2232 est un des « points les plus obscurs du titre de la prescription, et il professe que les « actes de pure faculté ne sont que l'exercice de la liberté... ».

Pour *Poncet*⁴, les actes de pure faculté sont ceux qui se « réalisent par de purs faits sur nous-mêmes, et ceux que nous accomplissons librement sur notre propre chose ou sur les *res publicæ aut universitatis* ».

C'est la même confusion qui est reproduite par *Ferrière*⁵ et par *Vazeille*⁶.

2^e Opinion : L'acte de pure faculté est une des catégories des actes facultatifs. — Cette opinion, qui rat-

1. *Répétitions écrites*, III, p. 756, n° 1830.

2. *Revue critique*, 1877, p. 49.

3. *Droit civil*, 33, n° 228.

4. *Revue critique*, 1880, p. 450.

5. *Dictionnaire de Droit et pratique*, v. Choses de pure faculté, Guil-louard, n° 502.

6. *Traité des prescriptions*, n° 506. V. également Demolombe, *Cours du Code Nap.*, 11, n° 178.

tache l'étude des actes de pure faculté à celle de la possession, est la plus répandue; mais les avis des auteurs sont partagés en trois courants principaux :

1° Pour les uns, l'acte de pure faculté ne saurait servir de base à la possession, parce que ce serait un acte facultatif qui n'est pas accompli à titre exclusif;

2° Pour les autres, l'acte de pure faculté constituerait un acte de possession accompli par le propriétaire sur son propre fonds;

3° Pour d'autres, enfin, ce serait un acte facultatif accompli indifféremment soit en vertu d'un titre collectif, soit à titre de propriétaire.

1^{re} Catégorie : L'acte de pure faculté est un acte facultatif accompli en vertu d'un titre commun : — Telle est l'opinion professée par Troplong¹. La lecture de certains passages pourrait cependant donner lieu à penser qu'il n'a pas su (imitant en cela les auteurs précédents) éviter la confusion entre la faculté et l'acte de pure faculté, puisqu'au n° 381, où il étudie les actes de pure faculté, il renvoie à la définition donnée au N° 112 qui vise l'ensemble des droits facultatifs; mais il n'en est rien. Au N° 380, il déclare, en effet, que les actes « de simple faculté » sont exclusifs de l'idée de propriété et il rappelle qu'il faut accorder son attention aux faits possessoires qu'on appelle de pure faculté qui sont exercés « non pas en vertu d'un droit propre, mais en vertu d'une destination naturelle de la chose qui appartient à tous et à plusieurs² ».

1. De la prescription, nos 112, 381 et suiv.

2. Wodon, qui cite Troplong, accepte sa définition, mais remarque qu'il s'agit « d'actes posés sur des biens hors commerce », *Possession et actions possessoires*, 3 vol., t. I, p. 48.

C'était ce qu'écrivait déjà Dunod, en 1753, dans son *Traité des prescriptions* (p. 80).

La même thèse fut soutenue par *Marcadé* et par *Leroux de Bretagne* qui, après avoir étudié les facultés en général, et avoir remarqué que l'art. 2232 pourrait les comprendre toutes, se refusent à cette extension et appliquent seulement cet article aux actes que nous accomplissons sur le domaine public¹.

2^e Catégorie : *L'acte de pure faculté est un acte facultatif accompli à titre de propriétaire.* — *Guillouard* soutient que les actes de pure faculté sont les actes que nous exerçons sur nos choses et sur nous-mêmes².

« A notre avis », dit-il, « les actes de pure faculté sont les actes... qu'un propriétaire accomplit en se bornant à user de son droit, sans empiéter sur autrui ».

C'est également l'avis professé par *Huc*³ : « Les actes de pure faculté sont ceux que le sujet investi d'un droit de propriété demeure libre de faire ou de ne pas faire dans la sphère d'action de son droit, telle qu'elle est limitée par la loi ». Aussi, ajoute-t-il, l'article 2232 est-il un article de « constatation », « inutile », en tant qu'il vise les actes de pure faculté; il n'est qu'un développement de l'art. 2229 : « *tantum praescriptum, quantum possessum*⁴ ».

L'opinion de M.M. *Baudry-Lacantinerie* et *Tissier* semble soulever quelque difficulté d'interprétation⁵.

1. *Leroux de Bretagne*, vol. I, n° 308; en ce sens, v. *Ricci*, vol. V, n° 58; v. *Mirabelli*, *Prescrip.*, § 282, sur l'art. 688 C. civ. italien.

2. *Traité de la prescription*, I, n° 499.

3. *Code civil*, t. XIV, éd. 1902, p. 456 et suiv.

4. Même opinion chez *Salvioli*.

5. *Précis de Droit civil*, vol. III, n° 1614; *Traité de la Prescription*, éd. 1924, I, § 161 et suiv., § 274 et suiv.

Selon ces auteurs, la disposition de l'article 2232 se rapporte à la condition de l'*animus domini* exigé par l'art. 2229; elle se rattache à cette idée que la « possession est un fait impliquant prétention à un droit, et que, pour qu'un acte quelconque puisse engendrer possession et prescription, il faut qu'il constitue un empiètement sur le droit d'autrui, une violation de ce droit » Les actes n'empiétant pas sur le droit d'autrui « ne peuvent donc constituer la possession, ni conduire à la prescription; » d'où les actes de pure faculté n'étant pas « assez énergiques, assez significatifs pour supposer chez leur auteur une prétention » à un droit sur autrui, ne sauraient fonder ni l'une ni l'autre.

Et, à titre d'exemples d'actes de pure faculté, les auteurs citent : l'ouverture de jours de tolérance dans un mur privatif, le placement d'une poutre occupant toute l'épaisseur du mur mitoyen (art. 657 C. civ.), l'usage qu'un propriétaire fait de l'eau de source coulant d'un fonds supérieur. Ces exemples, on le voit, sont pris uniquement en matière de propriété; et cependant, ne serait-on pas en droit de penser que ces cas d'espèce sont seulement énonciatifs et non limitatifs, et qu'en réalité, les auteurs ont rangé et classé parmi les actes de pure faculté, non pas seulement ceux que nous exerçons à titre de propriétaire, mais également ceux que nous accomplissons en vertu d'un titre commun (droit d'aller à la fontaine publique, d'aller et venir, etc...)?

C'est qu'en effet, au n° 278, MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier déclarent, paraissant élargir leur thèse : « Ces divers exemples se ramènent à cette idée que, lorsque les actes ne sont que l'exercice d'une *faculté donnée par la loi* ou l'exercice normal du *droit de propriété*, ils ne

constituent pas une possession diminuant les droits d'autres propriétaires »; et, la note, sous le même n° 278, renvoie « dans le sens du texte, à *Marcadé* et à *Aubry et Rau* »... dont les opinions sont extensives.

Il n'en est rien cependant. En effet : 1° La même note renvoie « dans le sens du texte » à *Guillouard*, (1, 493), dont l'opinion est restrictive (cf. *supra*) et rappelle, en la critiquant, la confusion commise par *Dunod* et *Vazeille*; 2° Il est précisé, dans le texte de la note du n° 278, qu'il s'agit d'actes qui ne peuvent constituer une possession « diminuant les droits des autres *propriétaires*,... ne fondant aucune possession à l'encontre d'autres *propriétaires* »; 3° Enfin, tous les exemples cités au cours de l'ouvrage, (n° 280, Actes du riverain sur les eaux d'une rivière non navigable ni flottable, faculté de creuser son terrain) se rapportent uniquement à l'accomplissement d'actes se présentant comme un mode d'exercice du droit de propriété.

Dans ces conditions, on est donc fondé à penser que ce sont seulement ces actes, qui, d'après les auteurs, rentreraient dans le cadre et les prévisions de l'art. 2232¹.

3^e Catégorie : L'acte de pure faculté est un acte facultatif accompli soit en vertu d'un titre commun, soit à titre de propriétaire.

Telle est notamment l'opinion de MM. *Aubry et Rau*². « A la théorie de l'acquisition de la quasi-possession, se rattache la règle posée par l'art. 2232. Les actes qui ne sont que l'exercice d'une faculté commune à tous (faits de puisage, d'abreuvement, etc...) et non celui d'un

1. Même sens, *Dalloz*, *Nouv. Code civ. annoté*, art. 2234, § 39.

2. *Aubry et Rau*, t. II, § 179, p. 119.

droit privatif ne peuvent, à raison de leur nature même, fonder une possession utile;... il y a mieux, l'exercice des facultés inhérentes au droit de propriété ne peut pas davantage fonder possession, en ce sens... que, quelque prolongé qu'ait été cet exercice de la part de l'un des voisins, il ne saurait jamais avoir pour effet de restreindre ou modifier les facultés qui appartiennent aux autres voisins ».

De même pour Pugliese¹, les actes de pure faculté de l'art. 688 C. civ. italien comprennent : 1° Ceux que nous ne pouvons perdre par non-usage (les droits de propriété); 2° Ceux qui ne peuvent nous faire acquérir un droit, quelque long qu'en ait été l'usage (droit sur les choses communes et publiques).

De Loynes², dans une longue et intéressante étude, essaie d'abord de donner une définition satisfaisante des actes de pure faculté, et en énumère ensuite les principaux cas d'application.

Il faut soigneusement, dit-il, distinguer les actes de pure faculté et les actes facultatifs. L'acte facultatif est le genre, l'acte de pure faculté n'est qu'une espèce; mais une définition précise est bien difficile. Sans doute, comme l'a dit Dunod, la pure faculté consiste en fait, parce qu'elle ne suppose ni un droit, ni une action propre et particulière « qui préexiste, mais cette formule ne traduit pas assez complètement notre pensée ». Pour qu'un acte soit de pure faculté, il faut et il suffit :

1. *Prescript. acquisitiva*, n° 134.

2. *Revue critique*, 1889, De la prescription et des actes de pure faculté, p. 388.

1^o « qu'il dépende de la volonté de celui qui l'accomplit; à ce point de vue, c'est un fait »;

2^o « que les tiers n'aient point d'action en justice (et non pas seulement un moyen légal) soit à l'effet d'empêcher ces actes, soit de poursuivre la destruction de ce qui a été fait et le rétablissement de l'état de choses antérieur ».

Du moment où un tiers sera investi d'une action pour demander à la justice de défendre l'acte ou d'ordonner la suppression des ouvrages effectués, « l'acte pourra être facultatif mais ne sera pas de pure faculté, car il ne dépend pas uniquement de la volonté de son auteur ». Ainsi, l'acte par lequel une personne s'empare d'un immeuble ne lui appartenant pas, sera « facultatif », mais ne constituera pas un acte de pure faculté, parce que « le vrai propriétaire peut agir en justice pour empêcher l'usurpation. Au contraire, le fait d'élever une construction sur son propre fonds, est un acte de pure faculté ».

Si ces actes ne fondent ni possession, ni prescription c'est, dit De Loynes, « parce qu'ils ne forment aucun empiètement sur le droit d'autrui »; ils ne peuvent donc « porter atteinte aux droits des tiers », et voilà pourquoi, d'une part, ils ne peuvent faire acquérir aucun droit par possession ou prescription à l'encontre d'autrui, et, d'autre part, s'accomplissent sans avoir besoin de recourir à une action. Ainsi, pour de Loynes, seraient de pure faculté : le droit d'accès à une rivière qu'une voie publique procure à toute personne (n^o 20), l'usage des terrains vagues appartenant à la commune, les actes accomplis sur le domaine public (n^o 21), l'usage des eaux de source par un propriétaire inférieur

(n° 26), l'usage par le riverain des eaux de pluie tombant sur la voie publique, l'usage des eaux par le riverain d'une rivière non navigable ni flottable (n° 28), l'ouverture de jours de tolérance dans un mur privatif (n° 29), la construction d'immeubles sur son fonds. Dans toutes ces hypothèses, les tiers n'ont « aucune action en justice pour empêcher ces actes » : L'acte, dit de Loynes, est donc de pure faculté.

3^e Opinion : L'article 2232 viserait l'acquisition des servitudes négatives. — Colmet de Santerre¹, après avoir défini les actes de pure faculté : ceux que « leur auteur, sans y être contraint, avait la possibilité de faire ou ne pas faire à son choix », pense qu'il n'est pas possible que l'art. 2232 soit entendu d'une façon aussi large. Selon cet auteur, le législateur, n'ayant pas « voulu que le droit de propriété pût être trop facilement limité par l'acquisition des servitudes », en vue de maintenir l'harmonie, la paix entre voisins, aurait limité leur acquisition et aurait décidé que les actes de pure faculté et ceux de tolérance ne fonderont ni possession ni prescription. Ce texte s'appliquerait donc uniquement aux servitudes négatives, c'est-à-dire à celles qui consistent dans le droit d'empêcher le voisin de faire, de sa propriété, tel usage que bon lui semble (servitude *non altius tollendi*, *non ædificandi*) : on ne saurait acquérir de telles servitudes par le fait de l'inaction du voisin pendant trente ans.

Au reste, la règle de l'art. 2232 est, dit-il, mal posée, « car elle ne précise pas par qui les actes ont été faits,

1. Cours analytique du Droit civil, t. VIII, n° 338 bis, I, 2.

ni au profit de qui ils peuvent fonder une prescription ». Il faudrait la formuler ainsi : « les actes qui sont de pure faculté pour une personne ou l'abstention même de ces actes, ne peuvent fonder, pour une autre personne, une prescription du droit d'empêcher ces actes ou du droit d'exiger le maintien de l'état de choses produit par ces actes ».

4^e opinion : L'acte de pure faculté et l'acte de tolérance.

— Enfin, une dernière opinion confond l'acte de pure faculté et l'acte de tolérance; et cette confusion se rencontre chez de nombreux auteurs¹.

A ce sujet, une théorie ingénieuse est construite par Bolchini². La théorie des actes de l'art. 688 C. civ. italien (2232) n'a, dit-il, dans l'esprit du législateur, rien de commun avec celle des facultés, mais elle est en liaison étroite avec celle de l'acte de tolérance.

La distinction entre l'acte de pure faculté et l'acte de tolérance ne résulte pas du fait, comme on pourrait le penser, que l'un serait un « précaire tacite » et l'autre un « précaire exprès » analogue au précaire du droit romain, mais du fait que, dans certaines hypothèses, l'accomplissement d'actes sur le fonds d'autrui résulte d'une présomption de tolérance.

Chaque fois que cette présomption existe, il s'agit d'actes de tolérance; quand elle n'existe pas, il s'agit, au contraire, d'actes de pure faculté.

L'intérêt de la distinction en ce qui concerne le far-

1. V. notamment : Locré, même sens que Bolchini; Romagnosi, *Condotta delle acque*, vol. II, partie I, 2^o, § 8; Tartufari; Assuero, *Effetti del possesso*, vol. II, n^o 679, confond actes de pure faculté et actes autorisés par « discendenza ».

2. *I diritti facoltativi e la prescrizione*, Torino, 1899, p. 101 et suiv.

deau de la preuve est le suivant : en cas d'accomplissement d'actes de tolérance sur le fonds voisin, c'est au possesseur qui invoque à son profit la prescription qu'il appartiendra de prouver qu'il ne possède pas à titre précaire; au contraire, en cas d'accomplissement d'actes de pure faculté, la possession exclusive, à titre de maître, est présumée, et c'est au propriétaire qu'il appartiendra de fournir la preuve contraire.

Section II

L'ARTICLE 2232 ET LA PRESCRIPTION

Le texte vise-t-il la prescription acquisitive, la prescription extinctive, ou les deux à la fois ? Les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point, ainsi que nous allons brièvement le rappeler. Trois opinions doivent être distinguées.

1^e *Opinion*. — Le texte viserait la prescription extinctive.

Laurent se range à cette première opinion, puisqu'à propos de l'art. 2232 il rappelle (n^o 228) que nos facultés ne périssent point quand « on ne les exerce pas, tandis que nos droits s'éteignent quand on néglige de les exercer ».

Et Mourlon énonçait de même et en termes aussi généraux, applicables à toute faculté, la même formule : « Celui qui profite indirectement de l'inaction d'une autre personne qui s'abstient de faire des actes de pure faculté ne peut point prescrire contre elle », c'est-à-dire :

celui qui s'abstient d'un acte de pure faculté ne perd pas le droit de faire ces actes à l'avenir. « Les facultés restent entières quoiqu'on ait été plus de trente ans sans les exercer¹ ».

2^e *Opinion*. — Le texte viserait la prescription acquisitive.

Telle est l'avis de la majorité des auteurs, mais on doit distinguer trois opinions :

a) Dans la première, on dit : « Je n'acquiers rien en accomplissant un acte de pure faculté, puisque je ne commets aucun empiètement sur le droit d'autrui² ».

M.M. Planiol et Ripert³ décident de même que l'article 2232 signifie que nul n'a « une possession capable de lui faire *acquérir* un droit nouveau, par usucapion, quand il s'est borné à accomplir des actes qui étaient soit une pure faculté, soit une tolérance »... car, dans le premier cas, « on n'a pas outrepassé son droit ».

b) Dans la seconde opinion, on dit : « On n'a rien possédé contre moi, en accomplissant un acte de pure faculté et, par conséquent, on ne peut m'opposer aucune prescription ».

Ce sont les paroles textuelles de Baudry-Lacantinerie⁴.

On pourrait les rapprocher, semble-t-il, de celles de Troplong : « quand vous seriez allé, pendant trente ans, puiser de l'eau à la fontaine communale... que me font à moi tous ces actes...; c'est en vertu d'une faculté qui vous est personnelle..., prise dans le domaine commun ».

1. Mourlon, *Rép. écrites*, p. 758, n° 1835.

2. Marcadé, *Prescript.*, art. 2229, n° 6; Guillouard, *op. cit.*, n° 499. En ce sens, de Loynes et Colmet de Santerre précités.

3. *Traité de Droit civil*, III, n° 962.

4. *Précis Droit civil*, vol. III, n° 1618.

c) Enfin d'autres auteurs disent à la fois : « En accomplissant un acte de pure faculté, je n'acquiers aucun droit nouveau » et, lorsque je ne l'accomplis pas, les tiers n'acquièrent rien contre moi.

Tel est le langage tenu par Vazeille (op. cit., n° 56) et par Huc, qui dit, notamment¹ : « s'il plaît au propriétaire d'agir, il ne peut *rien acquérir* aux dépens du patrimoine d'un autre », s'il lui plaît de ne pas agir, cette inaction ne pourra être *attributive d'aucun droit* à autrui sur son patrimoine².

3^e *Opinion*. — Le texte viserait et la prescription acquisitive et la prescription extinctive.

Les auteurs partisans plus ou moins consciemment de cette opinion, la trouvèrent déjà exprimée dans Dunod (op. cit., p. 74) : « On ne perd pas la liberté de se servir de ces sortes de choses (venant de la nature ou de la destination) quoiqu'on n'en use pas, et l'on n'*acquiert pas* le droit d'en user à l'exclusion des autres, quoique l'on en use seul ».

De même Poncet (revue critique, 1880), qui ne put achever son ouvrage, avait déjà cependant écrit que la « *répétition* des actes de pure faculté ne saurait faire acquérir (au titulaire) un droit nouveau et que leur *omission* ne peut le soumettre à aucune déchéance ».

Ainsi, les opinions des auteurs paraissent en complète divergence, mais, en fait, l'antithèse qui les sépare est plus apparente que réelle, car l'une des propositions émises est souvent la conséquence de l'autre : c'est ce qu'une critique rapide va nous révéler.

1. Code civil, t. XIV, p. 456.

2. Pour Modica, le Code aurait envisagé les actes de pure faculté au seul point de vue de l'acquisition de la possession légitime (*Il circolo giuridico*, 1899, novembre-décembre, p. 321).

CHAPITRE III

Critique des auteurs

Cette brève critique, qui a pour but d'amorcer, en quelque sorte, la définition de l'acte de pure faculté sera divisée en deux sections : 1) Critique au point de vue de la portée donnée au texte; 2) Critique au point de vue de la prescription reconnue applicable.

Section I

CRITIQUE DES AUTEURS AU POINT DE VUE DE LA PORTÉE DONNÉE AU TEXTE

Nous nous bornerons aux points essentiels :

1) En premier lieu, l'assimilation entre les actes de pure faculté et ceux qui résultent de l'exercice de notre liberté naturelle doit être rejetée.

Ce n'est que par un défaut de méthode que pareille confusion a pu être faite : la faculté de se marier, celle de changer de domicile et, en général, toutes les « libertés individuelles » constituent les attributs de notre personnalité; elles sont hors du commerce et en dehors du domaine de toute prescription; elles n'ont aucun rapport avec l'art. 2232. Ce texte, situé au titre de la

prescription, se réfère uniquement à la possession et aux biens et droits susceptibles de s'acquérir par ce mode, mais non pas à la théorie générale des choses imprescriptibles.

2) C'est en raison des observations qui précèdent qu'il y a lieu de considérer ce texte comme également inapplicable aux actes que nous accomplissons sur le domaine public.

Le domaine public est, en effet, en lui-même, inaliénable et imprescriptible; aussi la disposition de l'art. 2232, si elle le concernait, serait-elle superflue, puisque l'article 2226 dispose « qu'on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce ». Y accomplirait-on même des actes à titre exclusif, qu'on ne saurait acquérir aucun droit nouveau à l'encontre des tiers, puisque la possession ne revêtirait pas tous les caractères prévus à l'art. 2229.

3) L'article 2232 serait de même inutile, s'il avait pour but de disposer que les actes d'usage que nous accomplissons, en vertu d'un titre commun, sur un bien qui, quoique affecté à un usage commun, est, par ailleurs, aliénable et prescriptible, ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

Si la prescription ne peut être admise, en ce cas, c'est parce que notre possession, étant promiscue, donc équivoque, ne revêt pas toutes les qualités requises par l'art. 2229¹. Pour dégager cette solution point n'est besoin de recourir à l'art. 2232.

4) Restreint à l'acquisition des servitudes négatives par prescription (en vertu de la théorie de Colmet

1. Civ ., 4 janvier 1888, D. P., 1888.1.54.

de Santerre), l'article 2232 serait inutile à double titre. En effet : 1^o la possession d'une servitude non-apparente ne peut être publique : l'article 2229 en prohibe donc l'acquisition par prescription; et 2^o l'article 691 dispose, d'autre part, que les servitudes continues, non apparentes, et les servitudes discontinues, ou non-apparentes, ne peuvent s'établir que par titre.

5) La définition donnée par de Loynes de l'acte de pure faculté ne nous satisfait pas pleinement. Il est insuffisant, à notre avis, de dire que l'acte de pure faculté est celui qui « dépend de la volonté de celui qui l'accomplit et à l'occasion duquel les tiers ne peuvent former d'action en justice à l'effet de l'empêcher ou de demander la destruction de ce qui a été fait ».

Cette formule est imprécise et trop générale. Elle serait applicable, en effet, 1^o lorsque nous accomplissons non plus un acte de pure faculté, mais un acte qui se manifeste comme l'exercice d'un droit véritable (droit de créance, droit de bâtir) puisque, en ce cas, l'acte dont il s'agit apparaît également comme dépendant de notre seule volonté, et que les tiers ne peuvent former d'action en justice à l'effet d'en empêcher l'accomplissement; 2^o lorsque nous accomplissons des actes de tolérance, puisque, d'une part, leur réalisation dépend de notre seule volonté, et que les tiers, sauf le propriétaire, n'ont aucun moyen légal de les empêcher.

Au surplus, une réserve formelle doit être faite au sujet des deux exemples cités par l'auteur, à l'appui de sa définition et en vue de différencier l'acte facultatif de l'acte de pure faculté : l'acte par lequel nous nous emparons d'un immeuble, dit-il, est un acte facultatif; l'acte par lequel un propriétaire élève une construction est un acte de pure faculté. Tel n'est pas notre sentiment.

Dans le premier cas, il ne s'agit pas, en réalité, d'un acte facultatif; sans doute, on peut bien dire, en jouant sur les mots, qu'il y a faculté, en ce sens qu'il y a libre exercice de notre activité, en vue d'un essai d'appropriation, mais, en réalité, il n'y a pas de droit à la propriété; il s'agit là d'un pur fait qui ne sera consolidé en droit que par l'effet de la prescription. Au contraire, dans le second cas, la faculté de bâtir sur son terrain n'est pas un pur fait : c'est un droit véritable, faisant partie du contenu du droit de propriété.

6) La théorie de Bolchini, si séduisante qu'elle soit, ne saurait être davantage retenue. Le mérite de l'auteur est d'avoir distingué l'acte facultatif de l'acte de pure faculté, mais la distinction de l'acte de pure faculté et de l'acte de tolérance telle qu'il l'a opérée, n'est pas suffisante. Ce n'est pas seulement en ce qui concerne la charge de la preuve que la différenciation doit être faite : il y a, comme nous le verrons bientôt, d'autres différences plus substantielles et plus fondamentales entre ces deux termes.

7) Sans prendre parti directement contre les théories de Guillouard et Huc, il faut cependant remarquer que l'acte de pure faculté n'englobe pas, et ne saurait englober, tous les actes accomplis par un propriétaire sur son fonds. Il comprend seulement certains d'entre eux. Ainsi, paraît donc justifiée l'opinion de M.M. Baudry-Lacantinerie et Tissier, qui professent que l'art. 2232 aurait surtout pour but d'interdire, dans certaines hypothèses, « l'acquisition de servitudes positives, continues et apparentes qui, en vertu de l'article 690, peuvent s'établir par prescription ».

Entendu en ce sens, l'art. 2232 constituerait donc

à la fois une exception à l'article 690 C. civ. et une application de l'art. 2229 C. civ.

SECTION II

CRITIQUÉS DES AUTEURS AU POINT DE VUE DE LA PRESCRIPTION VISÉE PAR LE TEXTE.

A notre avis, le texte se rattache uniquement à la prescription acquisitive. C'est ce qui résulte : 1^o de la rubrique même du Chapitre III (possession); 2^o des dispositions qui précèdent ou qui suivent l'art. 2232; 3^o des termes mêmes de l'article dans lequel les mots « possession » et « prescription » se trouvent rapprochés et, où le verbe « fonder » signifie : « servir de base à..., conduire à la prescription ».

L'article 2232 décrète l'impossibilité pour celui qui accomplit un acte de pure faculté d'acquérir un droit par prescription à l'encontre d'une autre personne (le voisin). MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier cependant, envisagent non pas la personne qui accomplit l'acte, mais celle qui ne l'accomplit pas, en disant : « on n'acquiert rien contre elle, du fait de son *inaction* ». Mais cette opinion doit être rejetée.

En effet, puisque les mots « actes de pure faculté et de tolérance », sont mis par le texte sur un pied d'égalité, on doit, pour rechercher la prescription applicable à l'un et à l'autre, suivre un raisonnement identique. Or, lorsque les auteurs envisagent l'acte

de tolérance, ils disent : *A* tolère que *B* accomplisse un acte sur sa propriété. L'acte de tolérance accompli par *B*, ne fonde ni possession ni prescription à son profit, à l'encontre de *A*. Pourquoi donc ne pas dire de même : l'accomplissement d'actes de pure faculté par *B*, n'engendre ni possession ni prescription à son profit, à l'encontre de *A* ? La coexistence des deux termes dans le texte rend possible cette identité de raisonnement.

Au surplus, comme le faisait remarquer à juste titre de Loynes, les auteurs sont, sur la question, plus séparés en apparence qu'en réalité; l'antithèse des formules peut se concilier aisément.

Lorsqu'on énonce, en effet¹, que *B* n'acquiert rien en accomplissant un acte de pure faculté, on reconnaît nécessairement que, d'une part, si *B* agit, il n'acquiert rien contre *A* qui reste inactif, et qu'en conséquence *A* ne perd rien par suite de l'action de *B*, et que, d'autre part, si *B* n'agit pas, *A*, à l'inverse, n'acquiert rien contre lui, du seul fait de cette inaction, et que *B* ne perd rien, le cas échéant, par l'action de *A*.

1. Toute question de prescription extinctive par simple non-usage des droits mise à part.

CHAPITRE IV

Définition nouvelle de l'acte de pure faculté

Applications. Analyse

Après avoir défini l'acte de pure faculté, nous en rechercherons les principales applications et les principaux caractères. De là, les quatre sections suivantes :

Sect. 1 — Définition de l'acte de pure faculté.

Sect. 2. — Principales applications.

Sect. 3. — Principales objections à la définition.

Sect. 4. — Analyse de l'acte de pure faculté.

Section I

DEFINITION DE L'ACTE DE PURE FACULTE

Dans le sens de l'art. 2232, la pure faculté est, à notre avis, le bénéfice qui peut résulter, et qui résulte effectivement et normalement, en vertu de la disposition des lieux, pour un ou plusieurs individus, du non-exercice par un autre individu d'une ou de plusieurs prérogatives attachées à son droit de propriété.

La jouissance de ce *profit* pendant plus de trenteans

n'engendre aucun droit; la mise en œuvre, au moyen d'actes de pure faculté de ce bénéfice, ne fonde ni possession, ni prescription. Ainsi donc, l'acte de pure faculté ne serait pas l'exercice d'un droit, mais d'un simple profit.

Qu'est-ce, en effet, qu'un droit ? Si l'on s'en tient à la formule de Ihering, c'est un intérêt juridiquement protégé : c'est-à-dire un pouvoir dont l'exercice est juridiquement garanti. Ce pouvoir juridique se manifeste comme une prérogative d'une personne sur une autre personne, imposant à cette dernière soit une action, soit une abstention. Il est un pouvoir de commandement supposant nécessairement une obligation correspondante. « *Jus et obligatio sunt correlata* ».

Partout où ce pouvoir de contrainte n'apparaît pas, il n'y a pas ou il n'y a plus droit. Ainsi, lorsqu'un individu peut, à son gré, et sans encourir la moindre sanction juridique, tantôt permettre, tantôt défendre à une autre personne l'accomplissement d'un acte pour l'avenir, c'est parce que cette dernière ne jouissait à son encontre d'aucune prérogative légalement reconnue et protégée : elle avait bien intérêt à accomplir l'acte, mais son intérêt n'était pas juridiquement garanti; dans l'hypothèse, il y avait peut-être, entre les deux personnes, un lien de fait, mais non pas lien de droit; en d'autres termes, il y avait profit et non droit.

C'est ainsi que celui qui accomplit un acte toléré ne peut se prévaloir d'aucune prérogative vis-à-vis du propriétaire qui tolère. La permission accordée n'a point créé de rapport obligatoire; le propriétaire peut la révoquer en tout temps et sans justification; aucune prescription ne saurait être invoquée à son encontre.

Le lien de droit ne se formerait qu'après trente ans de contradiction manifeste; il y aurait alors, en ce cas, véritable conflit de droits et les rôles seraient inversés, le titre ancien devant céder devant le titre nouveau dérivant de la prescription.

N'y a-t-il pas là une analogie frappante avec les actes de pure faculté ? Leur accomplissement, en effet, quelque durable et répété qu'il soit, n'est point opposable au propriétaire voisin; celui-ci n'est pas tenu d'en respecter l'accomplissement à l'avenir; c'est donc qu'à moins de contradiction évidente, corroborée par la prescription, celui qui les accomplit n'a pas un véritable droit, mais un simple intérêt, et que, quand il y a conflit entre l'exercice de la pure faculté et du droit de propriété, il n'y a pas, en réalité, conflit de droits, mais seulement d'un intérêt et d'un droit.

C'est ce que n'ont pas vu les auteurs qui, pour la plupart, ont brûlé les étapes. Il ne suffit point, en effet, de dire et de professer qu'en vertu de l'art. 2232, l'accomplissement d'actes de pure faculté interdit toute acquisition « de *droit nouveau* », il faut d'abord déterminer si l'acte de pure faculté est, en lui-même, l'exercice d'un droit; or, nous venons précisément de répondre qu'il n'était pas autre chose que la manifestation d'un simple profit.

Section II

APPLICATIONS DE LA DÉFINITION

En fonction de notre définition, nous reconnaitrons comme constituant des actes de faculté :

1° La jouissance de la vue sur un terrain, par suite du non-usage par le propriétaire de ce terrain de la faculté de bâtir.

2° L'usage par le propriétaire inférieur des eaux d'une source ou de pluie, provenant du fonds supérieur, par suite de leur non-utilisation ou non-rétention par le propriétaire ou l'occupant de ce fonds.

3° L'usage par le riverain inférieur, pour les besoins de l'irrigation, d'un volume d'eau supérieur à celui prévu par les règlements, par suite de leur non-utilisation totale ou partielle par le riverain supérieur.

4° L'ouverture dans un mur non-mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, de jours ou fenêtres émaillées ou à verre dormant (art. 676).

5° La construction contre un mur mitoyen et le placement de poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur (art. 657).

Dans toutes ces hypothèses, un profit est retiré par un individu, par suite du non-exercice par une autre personne de son droit de propriété, et ce profit dérive de la situation des lieux.

Le propriétaire voisin ne peut et ne doit rien faire pour en empêcher l'accomplissement : le seul moyen légal qu'il ait à sa disposition pour ce faire est d'exercer son droit de propriété, avec toutes les prérogatives qui y sont attachées,

Sauf contradiction, ainsi que nous l'avons dit, ces actes de pure faculté ne sont pas opposables, pour l'avenir, au propriétaire voisin; leur accomplissement n'a rien fait acquérir à son encontre, alors même qu'il serait demeuré inactif pendant le temps de la plus longue prescription; il pourra toujours bâtir, de

même que, sans avoir à tenir compte du profit qu'il retire au propriétaire du fonds inférieur, il pourra soit retenir et capter les eaux de la source prenant naissance sur son fonds, soit utiliser l'eau d'une rivière bordant ou traversant son fonds, quand ses propres besoins l'exigeront.

L'existence d'ouvertures pratiquées dans un mur non-mitoyen ne sera pas davantage, pour l'avenir, un obstacle à son droit de propriété, puisqu'il pourra toujours les boucher en plantant ou en construisant, et qu'en tout temps, l'acquisition de la mitoyenneté demeurera possible; de même, le placement, par le voisin, de poutres dans toute la largeur du mur mitoyen, ne fondera aucune prescription empêchant de faire réduire la dite poutre jusqu'à l'ébauchoir, le jour où l'autre propriétaire entendra user de la faculté qui lui est reconnue par l'art. 657 C. civ.

Section III

OBJECTIONS PRINCIPALES CONTRE NOTRE DÉFINITION. RÉFUTATION

On pourrait faire — et l'on fera sans doute — à notre définition les objections suivantes : 1^o Ainsi compris, l'acte de pure faculté se confond avec l'exercice du droit de propriété; 2^o L'acte de pure faculté, ainsi entendu, n'est-il pas autre chose que l'exercice d'un « droit » qui ne constitue aucun empiètement sur le droit du voisin ? 3^o Ne serait-il pas, en effet, un « droit véritable », puisque le propriétaire voisin, à

moins d'exercer lui-même son droit, doit en respecter l'accomplissement ? 4^o Enfin, envisager l'acte de pure faculté comme un profit, n'est-ce pas dire que tout profit est un acte de pure faculté ?

Réponses aux objections posées : 1) A la première objection, il faut répondre que l'acte de pure faculté ne constitue pas l'exercice du droit de propriété.

Sans doute, il est bien nécessaire d'être propriétaire d'un terrain pour accomplir des actes de pure faculté, mais leur cause originaire ne repose pas dans le droit de propriété lui-même. Ce n'est pas parce que je suis propriétaire d'un fonds, que je pourrai jouir de la vue, c'est parce que le voisin ne construit pas : la cause originaire, en vertu de laquelle je peux jouir de la vue, ne réside pas dans mon titre de propriété, elle n'a pas sa source dans les prérogatives que je puis tirer de mon droit ; elle y est étrangère. Elle est « causée » par le non-usage, par le propriétaire voisin, de la faculté de bâtir.

En d'autres termes, l'origine de ces actes ne doit pas être recherchée dans mon droit de propriété : ils n'en résultent pas ; mais ils sont la conséquence du non-usage, par le voisin, de l'une des prérogatives de son droit.

Cette première objection n'est donc pas fondée. Elle l'est encore bien moins si l'on remarque que, dans certains cas, l'accomplissement d'actes de pure faculté ne résulte nullement d'un droit, mais d'une charge. Ainsi, recevoir les eaux d'un fonds supérieur est une servitude légale, entraînant obligation légale de ne rien faire pour empêcher l'écoulement des eaux.

Cette charge, exceptionnellement, peut tourner en profit; mais il n'en demeure pas moins vrai que les actes ainsi accomplis, quoique comportant un bénéfice, sont, par suite de l'obligation imposée au propriétaire de respecter cette « servitude », à l'opposé même de ceux qu'il accomplit librement en qualité de propriétaire; on ne saurait admettre, en ce cas, qu'il ait, à proprement parler, « un droit à la servitude », « un droit à la charge », il a, au contraire, l'obligation de supporter la servitude avec ou sans profit.

2. L'acte de pure faculté peut constituer un empiètement sur le droit d'autrui.

L'opinion contraire prévaut cependant : l'acte de pure faculté, dit-on, ne constitue pas empiètement sur autrui, et c'est pourquoi il ne peut fonder possession.

Il en est ainsi, en effet, dans la majorité des cas et il est vrai de dire, par exemple, que la jouissance de la vue ne constitue pas un empiètement sur le droit d'autrui. Mais en est-il de même lorsqu'il s'agit d'actes accomplis soit par le riverain inférieur sur les eaux d'une rivière non-navigable, ni flottable, dont le riverain supérieur ne fait aucun usage, soit surtout par le riverain faisant face à un propriétaire qui ne s'est jamais servi des eaux pour l'irrigation de ses terres ? La question est déjà plus délicate à trancher; aussi, certains auteurs admettent-ils qu'il y a, dans ces hypothèses, empiètement, mais « empiètement insuffisant » pour fonder possession.

Par contre, lorsque le co-propriétaire d'un mur mitoyen place une poutre dans toute la largeur du mur, aucun doute n'est plus permis; sans conteste, il y a empiètement sur le droit d'autrui, puisque le droit

de chacun ne dépasse point la moitié du mur : quand ce droit est dépassé, il n'y a plus droit, mais profit. Aussi l'art. 657, à notre avis, ne confère-t-il pas un droit, mais un simple bénéfice qui, en aucun cas, ne saurait entraver l'exercice des facultés de l'autre propriétaire. Ce texte a pour but d'empêcher qu'un copropriétaire intolérant ou acariâtre ne refuse, sans aucune raison, la permission de placer une poutre dans toute l'épaisseur du mur, craignant, par ailleurs, que cet empiètement ne lui soit préjudiciable par la suite; c'est pour éviter toutes difficultés sur ce point que l'art. 657 (qui est au fond une des applications de l'art. 2232) a reconnu, tacitement du moins, à l'acte dont il s'agit, le caractère d'acte de pure faculté. Il décide que, dans cette hypothèse, il ne peut y avoir conflit de droits, mais seulement d'un intérêt et d'un droit positif, le premier devant céder au moment de l'exercice du second.

3) Bien que le propriétaire voisin doive respecter l'accomplissement des actes de pure faculté, ceux-ci ne constituent pas l'exercice d'un droit.

C'est qu'en effet, si l'acte de pure faculté doit être respecté par le propriétaire voisin, ce n'est par parce qu'il est la manifestation d'un droit, mais parce que (puisque'il n'exerce pas son droit dans sa plénitude) son accomplissement ne lui cause aucun préjudice, et ce, par application du principe : « pas d'intérêt, pas d'action ».

Et, au surplus, si le propriétaire voisin doit respecter, tant qu'il n'exerce pas son droit, l'accomplissement d'actes de pure faculté, ce n'est pas parce qu'il est obligé, en vertu d'un lien de droit, de respecter un droit

positif, mais c'est parce que, en vertu du principe que nous avons développé antérieurement, l'on ne doit pas entraver inutilement la libre activité d'autrui tant qu'elle ne porte pas préjudice. La violation de cette activité constituerait une atteinte à la liberté d'autrui et, en l'espèce, un abus de droit, contraire à un autre principe : « *Neminem lædere* ».

Il est bien évident, naturellement, que le respect de l'acte de pure faculté — expression de notre activité générale licite — ne s'impose aux tiers que tant qu'il ne heurte pas l'exercice d'un droit positif, formé et concrétisé¹. Le respect qui lui est dû est donc temporaire, précaire, il dépend des besoins et de la volonté d'autrui, alors qu'au contraire le respect dû à un droit est fixe, permanent, et qu'il s'impose quel que soit le préjudice qui puisse en résulter.

4) Tout profit n'est pas une pure faculté.

C'est qu'en effet, de ce point de vue, il est nécessaire de distinguer nettement entre le profit résultant d'un acte de tolérance et celui ayant sa source dans un acte de pure faculté, comme nous le verrons en terminant. En général, les différences qui les séparent sont faciles à préciser et à déterminer, mais il n'en est pas de même, cependant, dans les deux hypothèses suivantes : 1^o lorsque le copropriétaire retire un profit personnel du non-exercice des droits des autres propriétaires; 2^o lorsque un ou plusieurs habitants de la commune bénéficient d'un avantage quelconque, par suite du non-exercice

1. Voir le principe que toute activité générale licite n'est pas un droit, p. 38; v. également les applications du principe que notre puissance d'activité générale doit céder devant les droits positifs; en matière de faculté de passage et de puisage, supra, p. 245.

des droits d'usage des autres habitants de ladite commune.

Dans ces deux cas, le profit paraît, à première vue, résulter à la fois de la situation des lieux et de l'inaction des autres bénéficiaires; aussi serait-on tenté d'admettre qu'il s'agit d'actes de pure faculté. Il n'en est rien cependant; en effet, il faut remarquer, 1^o que l'accomplissement de ces actes résulte de la coexistence d'un droit sur la même chose et non pas de la juxtaposition de deux droits différents sur deux choses également différentes, comme il est de règle en matière de pure faculté; 2^o que le titre en vertu duquel l'un des bénéficiaires agit, dans les limites de ses droits, est un titre commun et non pas exclusif; 3^o qu'il y a, en l'espèce, lien de droit entre copropriétaires ou co-usagers, alors qu'en matière de pure faculté, il n'y a pas de rapport de droit entre propriétaires voisins, dont l'un jouit et bénéficie d'une « pure faculté; » 4^o et qu'enfin, on peut concevoir que le copropriétaire ou le co-usager qui n'exerce pas son droit fasse défense, pour raisons personnelles, à l'autre copropriétaire ou co-usager de retirer profit de ce non-usage, tandis que l'accomplissement d'un acte de pure faculté ne peut être entravé par une simple défense.

C'est pour toutes ces raisons, qu'il convient de conclure que les actes accomplis dans les deux hypothèses que nous venons d'envisager constituent, non pas des actes de pure faculté, mais de tolérance, et que c'est à ce titre, qu'en vertu des art. 2229 et 2232, ils ne peuvent fonder ni possession, ni prescription.

Section IV

ANALYSE DE L'ACTE DE PURE FACULTÉ

L'acte de pure faculté se différencie du droit et de l'acte de tolérance.

§ 1. *L'acte de pure faculté se différencie du droit.* — Cette différenciation doit être étudiée : a) au point de vue des rapports du propriétaire voisin et de celui qui accomplit l'acte de pure faculté; b) au point de vue des rapports de ce dernier avec les tiers.

B) Rapports du propriétaire voisin et du bénéficiaire de la pure faculté.

A ce point de vue, les traits caractéristiques de l'acte de pure faculté sont les suivants :

1° L'acte de pure faculté n'est pas opposable au propriétaire voisin, puisqu'il ne constitue, en lui-même, aucune violation de droit, qu'il n'est que la manifestation d'un simple intérêt et que, de ce fait, il ne peut engendrer aucun conflit de droit;

2° Son accomplissement n'apporte aucune gêne au propriétaire voisin, alors même que cet acte constituerait un empiètement de son droit;

3° Le propriétaire voisin ne peut rien faire pour empêcher ce profit qui dérive, non pas de sa permission, mais de la situation des lieux, et qui dure tant qu'il n'exerce pas les facultés inhérentes à son droit;

4° L'exercice, pendant plus de trente ans, de la pure faculté ne fonde aucune prescription acquisitive au profit du bénéficiaire; elle ne donne naissance à aucune servitude, soit positive (droit de puisage, droit aux jours

de souffrance dans un mur privatif), soit négative (non *altius tollendi, non ædificandi*).

5° Cependant, l'accomplissement d'actes de contradiction pendant plus de trente ans, entraîne acquisition d'un droit à une servitude, si le propriétaire du fonds sur lequel ils ont été accomplis ne s'y est pas opposé ou n'a pas protesté¹.

6° Le profit retiré de l'accomplissement de l'acte de pure faculté se manifeste, dans plusieurs cas, comme la conséquence et le résultat d'une soumission à une servitude légale.

7° Le profit dont il s'agit est évaluable en argent, mais il est aléatoire. Puisqu'il dérive de la situation des lieux et non d'une permission, on est en droit de penser que le propriétaire du fonds supérieur ne peut subordonner la possibilité de retirer un profit de son inaction, au paiement par le voisin, d'une redevance quelconque. Si une pareille convention intervenait, il n'y aurait plus alors, accomplissement d'un acte de pure faculté, mais exercice, par ce dernier, d'un droit véritable et d'une servitude : l'un étant obligé de payer la redevance fixée, l'autre de ne point exercer son droit, pendant la durée stipulée au contrat.

B) Rapports des tiers et du bénéficiaire de la pure faculté.

Si l'on appelle *A*, le propriétaire inactif; *B*, le bénéficiaire de la pure faculté; *C*, les tiers. on peut dire :

1° Les actes de pure faculté accomplis par *B* sont opposables à *C*. Ils se manifestent et se révèlent, en effet,

1. V. *supra*, p. 259.

vis-à-vis de *C*, comme une cession forcée, temporaire, par *A* d'une des prérogatives de son droit au profit de *B*. Ce dernier, extérieurement, vis-à-vis de *C*, peut être considéré comme le cessionnaire, le bénéficiaire d'un véritable droit; aussi pourra-t-il le défendre contre tout empiètement de *C*.

2° *B* peut céder à *C*, gratuitement ou à titre onéreux, le profit qu'il retire de l'inaction de *A*; mais cette cession, créant un lien de droit entre eux, est aléatoire et précaire, puisqu'elle dépend de l'exercice du droit de *A*, à qui elle est inopposable, *B* ne pouvant transmettre à *C* plus de droit qu'il n'en a.

3° Si *C*, enfin, acquiert, par contradiction, un droit contre *B*, qui n'usait pas de son droit, alors que *A* ne l'exerçait pas non plus, *C* n'acquiert rien contre *A*, alors même qu'indirectement, il a cependant profité de l'inaction de ce dernier; aussi ne saurait-il, vis-à-vis de celui-ci se prévaloir de la contradiction qui ne vaut que dans ses rapports avec *B*.

§ 2. *L'acte de pure faculté se différencie de l'acte de tolérance.* — Sans doute, l'acte de pure faculté et l'acte de tolérance présentent de sérieuses analogies, et offrent de nombreux traits communs : 1° tous deux engendrent un profit précaire, temporaire et non un droit; 2° ils ne fondent ni possession, ni prescription au profit de celui qui les accomplit; 3° leur existence étant précaire, par essence, ils ne peuvent, en conséquence, conduire à l'acquisition d'un droit ou d'une servitude; 4° ils sont opposables aux tiers¹. Mais il n'en demeure pas moins vrai

1. Sur ce point, v. *supra*, Actions possessoires en matière de tolérance p. 50.

que de notables différences les séparent : C'est qu'en effet :

1° L'acte de tolérance suppose une permission tacite ou expresse donnée le plus souvent à titre gratuit, quelquefois à titre onéreux ; l'acte de pure faculté dérive, au contraire, de la situation des lieux ; il est formellement reconnu par la loi (V. art. 657) ; il ne découle pas de la volonté des parties.

2° Au point de vue de la révocabilité, la possibilité d'accomplir, à l'avenir, sur le terrain d'autrui, des actes de tolérance peut être révoquée à tout moment, sans motif, par simple décision contraire du permettant ; au contraire, la possibilité d'accomplir un acte de pure faculté ne prend fin que par l'exercice normal et effectif, par le voisin, de son droit de propriété, sans qu'il ait, jusqu'à ce moment, aucun autre moyen légal d'empêcher l'accomplissement de tels actes.

3° Au point de vue de la responsabilité : si, bien que toléré, un acte cause préjudice à autrui, réparation est due à ce dernier par celui qui l'a accompli : le fait d'avoir agi par tolérance ne saurait dégager la responsabilité de l'auteur de l'acte dommageable ; au contraire, l'accomplissement d'actes de pure faculté ne saurait, en aucun cas, donner lieu à une action quelconque en responsabilité.

4° Enfin, l'accomplissement d'actes de pure faculté qui ne cause aucune gêne au propriétaire voisin dont, par définition, il suppose l'inaction, est, de ce fait, incompatible avec l'exercice, par ce dernier, de toutes les prérogatives attachées à son droit, tandis que l'acte de tolérance peut, d'une part, causer et cause effectivement une gêne (au moins minime) au propriétaire sur

le fonds duquel il est effectué, et, d'autre part, peut être parfaitement accompli alors même que le propriétaire qui le tolère, exerce lui-même toutes les facultés incluses dans son droit de propriété.

*
* *

En résumé, l'acte de pure faculté serait donc, à notre avis, non un droit, mais un profit dérivant à la fois de la situation des lieux et de l'inaction totale ou partielle du ou des propriétaires des fonds voisins; cette définition, à notre sens, n'est contraire, ni aux travaux préparatoires, ni aux textes eux-mêmes, et présente l'avantage de différencier la pure faculté de la faculté, d'une part, et de l'acte de tolérance, d'autre part.

CONCLUSION

I. Parvenu au terme de cette étude, il convient de dresser, très succinctement, le bilan des principaux résultats obtenus :

Dans le Livre premier, nous nous sommes efforcé de démontrer que la *terminologie* employée en la matière était la source de nombreuses confusions et incertitudes. Aussi, avons-nous, dès le début de notre travail, essayé de donner au mot « faculté » un « sens de précision, » et non pas seulement d'évocation, en rejetant comme inutiles, et pour les raisons que nous avons déduites en leur temps, les différentes acceptions dans lesquelles il était employé, par le législateur, la jurisprudence et la doctrine. Cette critique opérée, nous sommes parvenu à cette conclusion que ce terme ne pouvait s'entendre ni du pouvoir de fait, ni de l'acte de tolérance, ni du droit d'option, et que son emploi devait être exclusivement réservé à la désignation des droits imprescriptibles.

Ce travail préliminaire effectué, il convenait, semble-t-il, d'essayer de construire la synthèse de la notion de faculté et, à défaut d'une théorie aux assises solides, d'en présenter au moins les traits essentiels en coordonnant, confrontant et analysant les idées émises

sur ce point par les différents auteurs : Telle est la tâche que nous avons entreprise dans le Livre second.

II. Entrant aussitôt dans le vif du sujet, nous avons recherché quelles étaient, entre autres questions, la définition, l'origine et la nature des facultés.

Quant à la *définition*, nous avons admis que les facultés étaient les pouvoirs juridiques de l'homme qui forment l'accessoire d'une situation juridique permanente, d'un droit complexe imprescriptible. Elles empruntent à cette situation ce caractère de permanence et d'imprescriptibilité.

Quant à leur *origine*, nous avons remarqué, qu'étant, à juste titre, considérées comme les droits primordiaux de l'individu, elles dérivait, soit de la nature, soit de la loi, mais jamais de la convention, à la différence de certains droits prescriptibles.

Envisagées quant à leur *nature*, elles ne constituent, à notre avis, ni des pouvoirs de fait, ni des germes de droit, ni des droits latents, des « droits en puissance », comme on l'a dit quelquefois, mais des droits véritables (de droit commun et garantissant une situation générale et permanente) dont l'acquisition est effectuée par la réalisation d'un fait ou d'un acte juridique; toutefois, et à l'inverse des droits conventionnels, elles sont, en principe, soumises à toute loi nouvelle qui intervient, en ce qui concerne les effets qui n'en sont pas encore réalisés au jour de sa mise en vigueur.

III. Puis, après avoir rappelé l'importance de la distinction, bien souvent méconnue, entre l'acquisition des droits nouveaux et l'exercice de droits déjà acquis,

nous avons envisagé, la *faculté d'acquisition* en elle-même. Sur ce point, après avoir recherché ce qu'il fallait entendre par le terme « faculté d'acquisition », nous nous sommes efforcé, d'une part, de déterminer quel rôle effectif joue la volonté individuelle dans la conquête et l'acquisition des droits nouveaux, suivant que ceux-ci dérivent d'une source contractuelle ou extra-contractuelle, et, d'autre part, de faire ressortir les principaux traits essentiels de cette faculté.

IV. Arrivant ensuite à l'exercice des droits, après avoir différencié l'exercice des droits-fonctions de celui des droits prescriptibles et de celui des droits imprescriptibles, nous nous sommes exclusivement attaché à l'étude de ces derniers. En conséquence, nous avons recherché, dans tous les domaines, les principales manifestations des *droits facultatifs*, et nous en avons analysé les principaux caractères, selon qu'ils étaient hors du commerce ou dans le commerce, en insistant, tout particulièrement, sur les facultés inhérentes au droit de propriété, dont nous avons présenté une classification nouvelle.

V. La notion de faculté ayant été ainsi précisée, et ses principales manifestations ayant été envisagées, nous nous sommes demandé enfin, quels rapports pouvait présenter la notion de faculté avec celle de *pure faculté*, dont il est question à l'art. 2232 C. civ. Après l'analyse et la critique des auteurs, nous sommes arrivé à cette conclusion que ces deux notions ne présentaient rien de commun, sinon une analogie de termes, puisque la faculté consiste en un droit imprescriptible, tandis

que l'acte de pure faculté, aux termes de la définition que nous en avons donnée, s'analyse en un simple profit dérivant normalement de la situation des lieux, lorsque le propriétaire voisin n'utilise pas une ou plusieurs des prérogatives inhérentes à son droit de propriété; définition qui différencie, au surplus, l'acte de pure faculté de l'acte de tolérance, puisque ce dernier dérive non pas de la situation des lieux, mais d'une simple permission essentiellement révocable.

Ainsi conduite, notre étude, qui fut surtout un essai de critique et de synthèse juridique, nous aura permis (indépendamment des conceptions nouvelles et des idées générales que nous avons développées) d'attribuer au terme « faculté » une signification juridique précise, et d'en étudier, en conséquence, les principales manifestations, les principaux caractères, et de dégager enfin la notion et la définition d'acte de pure faculté.

Elle nous permettrait encore — et ce sera là notre dernière conclusion — de dresser, en quelque sorte, la liste des pouvoirs juridiques dont l'homme peut être investi, en établissant une *gradation* descendante entre eux, gradation aux deux extrémités de laquelle figurent la faculté, d'une part, et le pouvoir de fait, d'autre part.

Voici, en effet, quel est, à notre sens, la hiérarchie des pouvoirs juridiques de l'homme :

1^o Droits « inaliénables, sacrés, imprescriptibles » qui, étant de « droit naturel, » sont absolument en dehors de toute prescription (libertés publiques, droit à la vie,... etc...)

2^o Droits de la personnalité qui sont en dehors de toute prescription acquisitive et extinctive, mais sur lesquels (du moins en ce qui concerne plusieurs d'entre

eux) la possession joue cependant un certain rôle, soit comme mode de preuve, soit comme fin de non-recevoir (droit au nom, état d'enfant légitime).

3° Droits qui ne sont pas soumis à la prescription extinctive, mais qui peuvent être acquis par prescription acquisitive (droits de propriété).

4° Droits que l'on peut acquérir par prescription, mais qui se perdent également par non usage (droit à une servitude continue et apparente; droit d'usufruit).

5° Droits qui ne peuvent être acquis par prescription, mais qui s'éteignent par non-usage (servitudes discontinues ou continues non-apparentes; droits de créance¹).

6° Droits dont l'exercice, pour des raisons d'intérêt général et d'ordre public, est inclus dans un bref délai, (à peine de forclusion et de déchéance).

7° Droits-fonctions dont l'exercice est obligatoire sauf excuses légales, et ce, à peine de sanction (droit du père d'élever ses enfants; droits du tuteur, etc..)

8° Droits civils dégénérés, appelés improprement « droits imparfaits » ou « sans sanction », et dont l'existence laisse subsister une « obligation naturelle ».

9° L'acte de pure faculté, qui ne peut fonder ni possession, ni prescription et qui, s'analysant en un simple profit dérivant de la situation des lieux, est opposable aux tiers et au propriétaire du fonds voisin tant que celui-ci n'exerce pas son droit de propriété.

1. Toutefois, aux termes de l'art. 126 C. Val. mob., l'Etat acquiert, par prescription acquisitive, le montant des coupons, intérêts ou dividendes atteints par prescription quinquennale; les actions, parts de fondateurs, obligations et valeurs mobilières des sociétés lorsqu'elles sont atteintes par prescription trentenaire; d'une manière générale, tous avoirs et dépôts en banque lorsque ces dépôts ou avoirs n'ont fait l'objet, de la part des ayants droit, d'aucune opération ou réclamation depuis trente ans; il en est de même en ce qui concerne tous dépôts ou avoirs en titres dans des banques ou autres établissements. (Cf. G. Vincent, *Traité techn. et prat. de Dr. fiscal banc.*; Sirey, 1929.)

10° L'acte de pure tolérance qui, s'il est opposable aux tiers au moyen des actions possessoires, dérive d'une simple permission du propriétaire du fonds sur lequel il est accompli, laquelle est *révocable ad nulum*.

11° Les pouvoirs de fait dérivant des conventions et usages mondains qui, s'ils donnent naissance à des engagements moraux et d'honneur, sont, par ailleurs, dépourvus de toute valeur juridique.

Il conviendrait de rechercher les principales applications de la classification des pouvoirs juridiques que nous venons de proposer, et de préciser l'intérêt qu'elle présente : Mais ceci est un autre travail que celui que nous nous sommes proposé.

Vu, le Doyen,
H. BERTHELEMY

Vu, le Président,
J. HÉMARD

Paris, le 8 mars 1930

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY

Table des Matières

Pages :

Bibliographie	VII
Introduction : Critique de la terminologie. Division du travail....	I

LIVRE I

PARTIE ANALYTIQUE ET CRITIQUE

Chapitre premier. — Exposé analytique

<i>Section I. — La Faculté dans la Loi</i>	10
<i>a)</i> La faculté et la possibilité de fait; <i>b)</i> La faculté et le droit d'option; <i>c)</i> La faculté, droit imprescriptible; <i>d)</i> La faculté et l'acte de pure faculté; <i>e)</i> Réflexion d'ordre général.	10
<i>Section II. — La Faculté dans la Jurisprudence</i>	14
<i>a)</i> Confusion de la faculté et du pouvoir de fait; <i>b)</i> Confusion de la faculté et de la tolérance; <i>c)</i> Confusion du droit et de la faculté; <i>d)</i> Confusion de la faculté et du droit d'option	14
<i>Section III. — La Faculté dans la Doctrine</i>	20
§ A) Evolution historique	20
§ B) Classification des opinions des auteurs	27
1 ^{er} groupe : Les facultés sont de fait : <i>a)</i> parce qu'elles ne supposent pas d'action; <i>b)</i> parce qu'elles s'exercent sur nous-mêmes, et non pas sur les tiers	27
2 ^e groupe : Les facultés sont de « droit commun »	29
3 ^e groupe : Les facultés constituent l'ensemble des droits, attributs de la personnalité	31
4 ^e groupe : Les facultés sont l'expression de la liberté humaine	33
5 ^e groupe : Les facultés sont les droits de la liberté et de la propriété	33

Chapitre II. — Exposé critique

<i>Section I. — Le pouvoir de fait est-il une faculté ?</i>	38
§ 1. Les pouvoirs résultant d'usages mondains sont-ils des facultés ?	39
§ 2. Le pouvoir de transmettre une seconde fois une propriété déjà vendue, mais dont la vente n'a pas été transcrite, est-il un droit ou une faculté ?	41

§ 3. Le pouvoir d'intervention dans les grèves est-il une faculté ?	43
<i>Section II. — L'acte de tolérance est-il un droit ou une faculté ?</i>	45
§ 1. Il se différencie nettement d'un droit	45
§ 2. La tolérance produit certains effets juridiques	49
§ 3. L'acte de tolérance, n'étant pas un droit, est-il une faculté ?	51
<i>Section III. — Le droit d'option est-il une faculté ?</i>	52
§ 1. Examen des principaux cas d'espèce	52
§ 2. Le droit d'option et la faculté	57
<i>Section IV. — La faculté ne serait-elle pas un droit imprescriptible ?</i> ..	59
Conclusion	61

LIVRE II

PARTIE SYNTHETIQUE
OU ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE
SUR LA NOTION DE FACULTE

PREMIERE PARTIE. — GENERALITES
SUR LA NOTION DE FACULTE

Chapitre premier. — Enoncé de la définition des facultés	70
Chapitre II. — Cas d'application envisagés par les auteurs (MM. Boistel, Roguin, Perreau, Bonnecase)	72
Chapitre III. — Etude du principe de liberté d'exercice des facultés ..	76
<i>Section I. — Qu'est-ce que la liberté individuelle ?</i>	76
<i>Section II. — Principales limitations de la liberté</i>	81
Chapitre IV. — Origine des facultés	85
<i>Section I. — L'origine des facultés peut être naturelle ou légale :</i> Opinions de Thiry, Gautier, Troplong, MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Saleilles, Josserand, Campion	85
<i>Section II. — L'origine des facultés n'est pas conventionnelle</i> Opinions de Modica, Tartufari, Ricci, etc.	90
Exceptions à ce principe	91
Exceptions à ce principe	93
Chapitre V. — Nature des facultés	104
<i>Section I. — Les facultés et les droits</i>	104
§ A) Critique des opinions de quelques auteurs : 1° La faculté est-elle de fait et non de droit ?	105
2° La faculté est-elle un avant droit, un droit en puissance ?	109
§ B) Ce que sont les facultés : double point de vue	112
<i>Section II. — Les facultés et les droits acquis</i>	117
Théorie des droits acquis. Théorie de MM. Jèze et Duguit. Exposé de la doctrine de M. Roubier. Conclusion	122

DEUXIEME PARTIE. — LA FACULTE D'ACQUISITION

Chapitre premier. — Rôle de la volonté dans les différents modes d'acquisition	135
<i>Section I. — La faculté d'acquisition par contrat</i>	136
Généralités	136
Etendue de la liberté contractuelle	141
<i>Section II. — La faculté d'acquisition en dehors du contrat</i>	152
§ 1. La volonté individuelle et l'action d'un tiers	153
§ 2. La volonté individuelle et les dispositions légales : a) Hiérarchie des statuts; b) Acquisition des statuts; c) Droits simples et complexes; d) Rôle de la volonté dans l'acquisition de ces droits	156
Chapitre II. — Analyse de la faculté d'acquisition	167
Caractères — C'est : 1° un droit général; 2° un droit égal pour tous; 3° un droit inhérent à la personne (hors commerce, imprescriptible, sans valeur patrimoniale); 4° un droit qui subit des limitations	167

TROISIEME PARTIE. — LES DROITS FACULTATIFS

<i>Généralités</i> : Distinction des droits-fonctions, des droits prescriptibles et des droits imprescriptibles	181
Chapitre premier. — Les droits facultatifs hors commerce	189
<i>Section I. — Principaux cas d'application</i>	189
A) Droits facultatifs attachés à la qualité d'homme et de citoyen	190
B) Droits facultatifs attachés à la qualité de membre de la famille	198
<i>Section II. — Principaux caractères</i>	205
Ce sont des facultés communes à tous, inappréciables en argent, hors commerce (non susceptibles de convention, imprescriptibles)	205
Chapitre II. — Les droits facultatifs dans le commerce	210
<i>Section I. — Facultés inhérentes à la qualité d'habitant</i>	211
a) actes accomplis sur les communaux; b) nature de la vaine pâture	211
<i>Section II. — Facultés attachées à la qualité de propriétaire</i>	217
§ 1. Nature des facultés inhérentes au droit de propriété	219
§ 2. Principales prérogatives attachées au droit de propriété. Enumération et classification bipartite :	
a) Facultés dont l'exercice nécessite la mise en cause d'un tiers : 1° lui imposant l'accomplissement d'un acte positif; 2° lui imposant une obligation de laisser faire	226
b) Facultés dont l'exercice ne suppose pas la mise en cause d'un tiers	233
§ 3. Annexe : Etude des droits des riverains sur les rivières non navigables ni flottables	244

<i>Section III. — Principaux caractères des droits facultatifs dans le commerce :.....</i>	254
1. Ce sont des facultés communes à toute une classe d'individus; 2. Elles s'exercent sur des choses déterminées; 3. Le respect de ces facultés s'impose aux tiers; 4. Elles sont appréciables en argent. (Elles sont donc cessibles — on peut y renoncer — sont-elles saisissables ? — elles sont imprescriptibles)	254

QUATRIÈME PARTIE. — LES ACTES DE PURE FACULTE

Chapitre premier. — Historique de l'article 2232 C. civ	262
Travaux préparatoires. Législation comparée.....	263
Chapitre II. — Opinions des auteurs sur l'article 2232.....	266
<i>Section I. — Portée proposée du texte.....</i>	266
Classification des opinions des auteurs.....	267
<i>Section II. — L'article 2232 et la prescription.....</i>	276
Classification tri-partite des opinions des auteurs.....	276
Chapitre III. — Critique des auteurs.....	279
<i>Section I. — Critique au point de vue de la portée donnée au texte</i>	279
<i>Section II. — Critique au point de vue de la prescription visée par le texte</i>	283
Chapitre IV. — Définition nouvelle de l'acte de pure faculté.....	285
<i>Section I. — Définition de l'acte de pure faculté.....</i>	285
<i>Section II. — Applications de la définition</i>	287
<i>Section III. — Objections à cette définition. Réfutation.....</i>	289
<i>Section IV. — Analyse de l'acte de pure faculté.....</i>	295
§ 1. L'acte de pure faculté se différencie du droit.....	295
§ 2. L'acte de pure faculté se différencie de l'acte de tolérance	297
Conclusion	301
Table des Matières	315

